Série A N° 164

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

La conversion de la séparation de corps en divorce

après la loi du 2 avril 1941

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Edouard MAZABRAUD

Jury de la Thèse :

Président : M. Jean RADOUANT, *Professeur.*
Suffragants : M. Alfred COSTE-FLORET, *chargé de cours.*
Mlle E. de LAGRANGE, *chargée de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22 Rue Soufflot, Paris, 5e

1943

La conversion de la séparation de corps en divorce

après la loi du 2 avril 1941

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Série A N° 164

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

La conversion de la séparation de corps en divorce

après la loi du 2 avril 1941

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Edouard MAZABRAUD

Jury de la Thèse :

Président : M. Jean RADOUANT, *Professeur.*
Suffragants : M. Alfred COSTE-FLORET, *chargé de cours.*
Mlle E. de LAGRANGE, *chargée de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22 Rue Soufflot, Paris, 5e

1943

INTRODUCTION

La conversion de la séparation de corps en divorce a déjà fait l'objet de nombreuses études ; la plupart sont intervenues au lendemain d'une réforme législative ; il en est ainsi de la nôtre. Elle veut essayer de faire le point après la loi du 2 avril 1941, qui, succédant à plusieurs autres déjà, a essayé d'apporter une solution au problème de la conversion. Remarquons tout de suite cette abondance de littérature et cette suite de réformes : n'accusent-elles pas une difficulté foncière de la matière ?

Qu'est-ce en effet que la conversion de la séparation de corps en divorce ? C'est, dit M. Saint-Marc, « la transformation au point de vue de ses effets, d'un jugement de séparation de corps, rien de plus, rien de moins ». La chose est claire : deux époux sont séparés de corps, l'un d'eux veut divorcer. On ne l'obligera pas à recommencer dès le début toute une procédure de divorce ; au cours de l'instance en séparation de corps en effet, les griefs ont été établis, et puis les causes de la séparation de corps et celles du divorce sont les mêmes. Le juge n'aura donc qu'à substituer au jugement de séparation de corps un jugement de divorce qui lui correspondra exactement, la transformation résidant uniquement dans les effets du jugement.

Tout de même, à première vue, cela peut sembler osé ; cette faculté de substituer ainsi le divorce, c'est-à-dire la dislocation du foyer, à la séparation de corps, simple relâchement du lien conjugal, ne va pas de soi, elle paraît même choquante.

Mais alors comment s'explique-t-elle ?

Le problème juridique de la conversion est dominée par une idée morale : l'idée de la liberté de conscience. Si le législateur du Code civil, admettant le divorce, a maintenu à côté

de lui la séparation de corps, c'est parce qu'il s'est dit qu'il y avait en France beaucoup de catholiques à qui leurs convictions religieuses interdisaient de demander le divorce, et qu'il fallait respecter la liberté de conscience de ces catholiques. Seulement, à côté de la liberté de conscience de l'époux innocent, il y a aussi celle du coupable, et on doit la respecter elle aussi. C'est pourquoi on permet à ce dernier de sortir de la sépration de corps en demandant la conversion.

Reste à savoir si ce raisonnement est bien fondé. Accorder à l'époux coupable le droit de demander la conversion en divorce de la séparation de corps prononcée contre lui, n'est-ce pas reconnaître qu'une faute est susceptible de fonder un droit ? Or, cela est inadmissible. Mais, en réalité, il n'est pas sûr que l'époux qui demande la conversion invoque sa propre faute. Cette faute, c'est son conjoint qui l'a invoquée pour lui imposer la séparation de corps. Maintenant, c'est un problème nouveau qui se pose, celui de savoir si ce conjoint innocent peut imposer à l'autre cet état « à vie ». Or cela semble contraire à la liberté de conscience.

Voilà le raisonnement. Il peut séduire, mais à condition de s'en arrêter là. Qu'arrive-t-il, en effet, si l'on veut aller plus loin ? C'est qu'en permettant à l'époux coupable d'imposer le divorce à l'innocent, on viole la liberté de conscience de celui-ci. Il est donc en fait impossible ici de respecter en même temps la liberté de conscience de deux époux dont les opinions sont contraires. Le problème est insoluble.

D'ailleurs, creusons un peu plus. La transformation de la séparation de corps en divorce, le passage de l'une à l'autre institution ne doit être possible que s'il existe une certaine affinité entre les deux, que si les deux procèdent de la même origine, l'une n'étant en quelque sorte que le diminutif de l'autre. Or la séparation de corps et le divorce dérivent de deux principes absolument différents, et plus, diamétralement opposés. La séparation de corps, en effet, a été dans l'ancien droit, le palliatif, le complément du principe de l'indissolubilité du mariage ; seule la mort de l'un des époux pouvait dissoudre leur union ; mais il était des cas où l'existence commune devenait intolérable, et alors on permettait le relâchement du lien conjugal. Le divorce au contraire dérive du principe de la liberté individuelle ; la loi du 20 septembre 1792,

qui l'a établi pour la première fois dans le droit français, le dit formellement dans son préambule : « Le divorce est une conséquence nécessaire de la *liberté individuelle* dont un engagement *indissoluble* serait la perte ». C'est poser, en termes on ne peut plus clairs, l'antagonisme irréductible des deux principes.

Dès lors, qu'est-ce que la conversion de la séparation de corps en divorce ? La conciliation de deux principes, de deux dogmes absolument inconciliables : le dogme de la liberté individuelle et celui de l'indissolubilité du mariage.

C'est dire tout de suite que la conversion apparaît comme une anomalie juridique insoutenable. La preuve en est d'ailleurs qu'on n'a jamais pu arriver à un système durable en cette matière. Nous avons connu un premier système de 1803 à 1816 ; en 1884, quand le rétablissement du divorce a entraîné celui de la conversion, un deuxième ; en 1908, nouvelle réfome ; et enfin en 1941 un quatrième système. Sans compter entre chacun d'eux de multiples propositions de loi, votées par une Chambre, modifiées par l'autre, puis abandonnées. Rien d'étonnant à cela, quand on connaît la tare qui affecte le principe de la conversion ; fatalement aucun système n'est satisfaisant.

La preuve en est encore que les textes de lois qui ont régi la conversion ont été toujours votés après des discussions longues et pasionnées (à part le texte de 1941 évidemment). Elles ont abouti — en 1884 en particulier — à une solution transactionnelle assez vague et que tout le monde critiquait.

D'ailleurs, pour couronner ce développement, pour illustrer cette idée que les textes en matière de conversion se ressentent bien des discussions passionnées qui les enfantent péniblement, nous ne croyons pouvoir mieux faire que de citer l'article 310 du Code civil, qui la réglemente. En voici la rédaction actuelle :

« Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'époux au profit duquel la séparation de corps a été prononcée et pourra l'être à la demande de l'époux contre lequel celle-ci est intervenue.

Les dépens relatifs à cette demande seront mis pour le tout à la charge de celui des époux, même demandeur, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, et pour moitié

à la charge de chacun des époux si la séparation a été prononcée contre eux à leurs torts réciproques.

Les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation de corps conservent en tous cas leurs effets.

Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs en vertu d'une ordonnance rendue par le président.

Elle sera débattue en Chambre du conseil.

L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution.

Le jugement sera rendu en audience publique.

La cause en appel sera débattue et jugée en Chambre du Conseil, sur rapport, le ministère public entendu. L'arrêt sera rendu en audience publique ».

N'est-ce pas un bel exemple de désordre ? On parle de la répartition des dépens, puis du sort de la pension alimentaire, avant d'étudier l'introduction de la demande. L'article 310 est une mosaïque de textes : le premier alinéa date de 1941, le deuxième et le troisième de 1908 ; les quatre suivants de 1884, et enfin le dernier de 1886. De l'aveu même de ses auteurs de 1884 et de 1908, il est très imparfait. C'est que les lois sur la conversion sont toujours votées hâtivement, après de longs et âpres débats, et qu'on ne peut jamais arriver à une solution définitive, et pour cause.

Nous ne suivrons donc pas, dans cette étude, l'ordre fantaisiste de l'article 310. Nous le diviserons en 3 Parties :

1re Partie : Conditions de la conversion.
2e Partie : Procédure de la conversion.
3e Partie : Effets de la conversion.

Nous étudierons la question dans le cadre seulement du droit civil interne. Nous laisserons donc de côté, les questions relevant du domaine du droit international privé.

PREMIÈRE PARTIE

Conditions de la conversion

CHAPITRE PREMIER

QUI PEUT DEMANDER LA CONVERSION

Nous avons dit que le problème juridique de la conversion est dominé par l'idée morale de la liberté de conscience ; qu'on voulait, en instituant la conversion, respecter la liberté de conscience des deux conjoints, mais aussi que c'était là chose impossible si leurs opinions étaient contraires.

Dès lors, puisqu'il y avait conflit entre les deux libertés de conscience, il fallait donner la préférence à l'une. Laquelle ? L'hésitation est permise et c'est ce qui explique que le législateur français ait oscillé.

I. — Systèmes successifs pratiqués dans notre droit

1. — *Système du Code civil.*

Si le Code civil admettait la séparation de corps à côté du divorce, c'était donc « pour mettre toutes les consciences à l'aise », pour ne pas placer les catholiques « dans la double alternative de fausser leur croyance ou de succomber sous un joug qu'ils ne pourraient plus supporter »[1]. Le rétablissement de la séparation de corps procédait du désir, chez le législateur, de respecter les convictions religieuses ; c'était une concession aux idées catholiques ; la séparation de corps serait le « divorce des catholiques ».

Toutefois, l'époux demandeur, s'il pouvait opter pour la séparation de corps, ne pouvait pas imposer indéfiniment à son conjoint cet état pénible qui participe des inconvénients du mariage et du célibat sans avoir les avantages de

1. Treilhard, cité par Fenet, t. 9, p. 477.

l'un ni de l'autre. Une telle prérogative aurait été une atteinte à la liberté individuelle, à la liberté de conscience du conjoint coupable. Aussi l'article 30 reconnaissait-il à celui-ci le droit « au bout de trois ans, de demander le divorce au tribunal, qui l'admettra si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation ».

Notons au passage que ce texte contenait une exception : lorsque la séparation de corps avait été prononcée pour cause d'adultère de la femme, celle-ci ne pouvait pas demander la conversion ; cette mesure s'inspirait d'un souci de moralité évident : on ne pouvait pas favoriser l'adultère. On peut seulement se demander pourquoi la même solution n'avait pas été étendue à l'hypothèse d'une séparation de corps prononcée pour cause d'adultère du mari [1] : la chose s'explique cependant quand on sait les sentiments de Napoléon vis-à-vis des femmes, et aussi l'indulgence traditionnelle dont bénéficiait l'adultère du mari [2].

Cette exception — d'importance seulement épisodique — mise à part, le système de 1804 était donc le suivant : seul l'époux coupable pouvait requérir la conversion en divorce d'une séparation de corps dont le maintien aurait été contraire à sa liberté de conscience. Au bout de trois ans, il allait demander à son conjoint : « voulez-vous reprendre la vie commune ; sinon rendez-moi ma liberté » ; si le conjoint interrogé répondait négativement, le tribunal devait prononcer le divorce. C'était mettre l'innocent à la merci du coupable ; il n'était pas difficile, en effet, à celui-ci de provoquer cette réponse négative ; il lui suffisait de rendre le rétablissement de la vie commune insupportable, par tous les moyens, pour s'attirer un refus, d'ailleurs bien justifié, de l'innocent.

Remarquons bien qu'apparemment la loi avait certains égards pour cet époux qui avait obtenu la séparation de corps ; elle ne sacrifiait pas absolument sa liberté de conscience. Il pouvait en effet éviter la conversion en offrant de reprendre la vie commune immédiatement. En fait, qu'il nous soit permis de mettre en doute, cependant, la vertu conciliatrice de la

1. La loi belge du 20 mars 1927 réalise cette extension.
2. D'ailleurs, l'ancien article 230 n'autorisait le divorce pour cause d'adultère du mari que si celui-ci avait tenu sa concubine dans la maison commune.

comparution devant le juge de deux époux séparés de corps depuis trois ans, dont l'un, l'innocent, est sommé par le coupable de dire immédiatement s'il veut reprendre l'existence conjugale. Quelle magnanimité montrerait celui qui répondrait à un tel ultimatum par une offre de réconciliation ! La face était sauvée, peut-être, mais à peine [1].

Reste une dernière question. L'époux qui avait obtenu la séparation de corps, s'il ne pouvait pas en demander la conversion en divorce, allait-il se trouver dans l'impossibilité de sortir de cet état, allait-il rester perpétuellement esclave de son choix ? On ne pouvait prétendre qu'ayant opté pour la séparation de corps, il avait par là renoncé implicitement au divorce ; les considérations qui avaient motivé son choix (convictions catholiques — espoir de réconciliation peut-être) pouvaient disparaître. Et alors il faut tout de même admettre, ce nous semble, que le Code civil, si soucieux de respecter la liberté de conscience, ne privait pas ce demandeur originaire du droit de réquérir le divorce par voie principale pour les mêmes causes qui avaient entraîné la séparation de corps.

Tel était donc le système. Il réservait une faveur exorbitante, surprenante à l'époux contre qui la séparation de corps avait été prononcée ; pour lui, la séparation de corps n'était plus véritablement, suivant le mot de Jules Simon, qu' « une pénitence de trois années avec le divorce — nous dirons avec la libération — au bout ».

2. — *Système de* 1884.

En 1884, le divorce, disparu depuis 1816 de nos institutions, fut rétabli ; il fallut donc à nouveau aménager les rapports entre la séparation de corps et le divorce. Le projet de loi Naquet prévoyait la conversion obligatoire pour le juge à la demande de l'un quelconque des deux époux. Votée à la Chambre, cette disposition fut vivement attaquée au Sénat [2]. Lucien Brun

1. Le législateur belge s'est bien rendu compte de la valeur toute théorique de ce droit. La loi du 20 mars 1927 conserve le droit exclusif pour l'époux coupable de demander la conversion, mais le juge n'est pas obligé de la prononcer : « on a voulu que l'époux innocent ne se trouve plus devant une simple sommation, mais devant une offre sincère et loyale de reprendre la vie commune » (De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, p. 878.

2. S. *Lois annotées*, 1881-1885, p. 669.

s'en prenait directement à la faculté de conversion, violation de la liberté de conscience des catholiques. Jules Simon, lui, s'attaquait au caractère obligatoire de la conversion ; la séparation de corps ne serait plus qu'un temps d'épreuve ; on méconnaissait le principe de la chose jugée en permettant de changer, sans appréciation judiciaire, une situation créée par un jugement antérieur.

Ces discussions engendrèrent un texte transactionnel ; l'article 310, qui en sortit, déclarait en effet : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement *pourra être* converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux ». Rapprochons ce libellé de celui de l'article 310 primitif.

Le texte nouveau reconnaissait aux deux époux le droit de demander la conversionr. Pourquoi, en effet, le refuser à l'innocent ? Certes, nous l'avons vu, il pouvait, ce nous semble, demander le divorce par voie principale pour les mêmes causes qui avaient entraîné la séparation de corps. Mais, à supposer la solution admise, l'époux qui devait courir les risques et les incertitudes d'une instance en divorce, était nettement désavantagé par rapport à celui qui bénéficiait de la procédure rapide et sûre de la conversion. Et pourquoi cette infériorité ? Parce qu'il avait opté pour la séparation de corps, à cause de ses opinions religieuses, ou pour ne pas compromettre les dernières chances de réconciliation. La solution est paradoxale Il semble bien que si l'un des conjoints mérite la faveur de la conversion, c'est certainement celui qui a obtenu la séparation de corps. D'ailleurs, en 1884, un amendement fut proposé au Sénat qui réservait à ce seul époux, le droit de demander la conversion. L'amendement fut repoussé ; on reconnaissait bien à celui qui avait obtenu la séparation de corps le droit de la faire transformer en divorce, mais on le maintenait à l'autre, car il ne fallait pas que le demandeur primitif pût le tenir indéfiniment dans cet état.

Car, en 1884, plus encore qu'en 1804, le législateur considérait la séparation de corps comme un état essentiellement fâcheux, et qui, partant, devait être transitoire. On supprima, en effet, la possibilité pour le demandeur originaire d'empêcher la conversion de la séparation de corps en divorce par une offre de réconciliation. Prérogative assez théorique, nous

l'avons vu ; mais enfin en principe la faculté restait, en 1804, à celui qui avait obtenu la séparation de corps d'empêcher la conversion. Et dès lors qu'on lui enlevait cette faculté, les barrières disparaissaient entre la séparation de corps et le divorce ; la séparation de corps ne serait plus que « le prélude », « l'antichambre » du divorce ; Jules Simon pouvait s'en émouvoir à juste titre.

Heureusement son opposition avait amené une transaction, et le texte définitif portait : « le jugement de séparation de corps *pourra être* converti... » le juge n'était donc pas tenu de prononcer la conversion, il pouvait apprécier. Nous étudierons ultérieurement ce pouvoir d'appréciation. Mais remarquons tout de suite qu'il avait une répercussion sur la question qui nous occupe, en ce sens qu'il créait entre les deux époux une certaine inégalité en faveur de celui qui avait obtenu la séparation de corps ; il était à présumer que les juges devant statuer sur la conversion, considèreraient la qualité du demandeur. Nous en trouvons d'ailleurs la preuve dans un arrêt de la Cour de Rennes du 30 octobre 1893[1] : « Attendu que cette appréciation doit être plus sérieusement exercée encore lorsque la demande est formée par celui des époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée ».

3. — *Système de* 1908.

Il était peut être très bien d'accorder aux juges un pouvoir d'appréciation, mais il eût été certainement mieux d'indiquer quelques directives à ce pouvoir. La rédaction vague de l'article 310 engendra bien des incertitudes et des contradictions. Aussi, dès le 21 janvier 1886, le promoteur de la loi de 1884, Naquet, revenait à la charge et proposait de rendre la conversion obligatoire ; le Sénat de nouveau résista. L'article 310 subit encore bien d'autres attaques dans ce sens[2]. Mais ce n'est qu'en 1908 que la lutte se dénoua ; les partisans de la conversion obligatoire triomphaient puisque désormais « lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement *sera de droit* converti en jugement de divorce, sur la demande de l'un des époux »[3].

1. D. 94.2.149.
2. Proposition de Saint-Martin, à la Chambre en 1886 ; Jullien en 1890.
3. S. *Lois annotées*, 1905-1910, p. 735.

Le législateur de 1908 sacrifiait donc délibérément la liberté de conscience de l'époux innocent à celle du coupable. Il avait totalement perdu de vue la conception de la séparation de corps, « divorce des catholiques », qui dominait en 1804, et il n'y voyait plus qu'une étape vers le divorce, un divorce à terme. La question pouvait se poser de savoir pourquoi on maintenait la séparation de corps[1]. Peut-être pour le demandeur qui avait encore quelqu'espoir de réconciliation ; mais il faut avouer que la certitude qu'avait son conjoint d'obtenir le divorce et d'être libéré après quelques annéss de patience n'était guère de nature à favoriser les rapprochements. En tout cas, pour l'époux catholique, la voie de la séparation de corps, comme celle du divorce, était fermée, puisqu'il n'y avait plus entre les deux qu'un délai de trois ans. Et, sous un tel régime, « pour qu'un époux catholique puisse demander en toute quiétude la séparation de corps, il faut qu'il ait la certitude de mourir ou de voir mourir son conjoint avant ce délai »[2].

Remarquons enfin que la loi de 1908 établissait l'égalité entre les deux conjoints au regard de la conversion, puisque le juge devait la prononcer, quel que fût le demandeur. Or il pouvait paraître particulièrement choquant de permettre « à l'époux qui, par sa conduite, avait obligé l'autre à demander la séparation, par sa seule volonté, d'enterrer définitivement au bout de trois ans, le mariage et la famille »[3]. Le dernier vestige de l'indissolubilité du mariage était renversé, et le législateur se laissait, comme la jurisprudence, entraîner sur la pente glissante du divorce ; le « dynamisme » de l'institution avait triomphé complètement des hésitations primitives.

Et, de fait, ce dynamisme était tel que, depuis 1908, toutes les propositions de loi dont connurent nos Assemblées parlementaires tendaient à faciliter encore la conversion en ramenant le délai à deux ans. Ces propositions ne réussirent cependant pas. Mais, en 1939, un décret-loi du 29 novembre, dé-

1. Discours de M. Devès au Sénat, le 16 novembre 1896 : « Soyons logiques, messieurs ; si vous croyez que, par la volonté discrétionnaire — le mot n'est pas trop fort — de celui des époux contre lequel elle a été prononcée, la séparation de corps doit être convertie en divorce, faites ce qui doit être fait : supprimez la séparation de corps ! ».

2. Vergez, *La conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse, Paris, 1934, p. 19.

3. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, p. 25.

passant toutes les prévisions, réduisait ce délai à un an et semblait porter le coup de grâce à la séparation de corps.

II. — Système de la loi de 1941

1. *Généralités, conversion obligatoire ou facultative suivant la qualité du demandeur*

Dans l'œuvre de reconstruction nationale entreprise, au lendemain de la défaite, par un législateur qui inscrivait la famille en tête de ses préoccupations, une réforme s'imposait qui mettrait un frein à la poussée dans la voie de l'élargissement du divorce. Ce frein, la loi du 2 avril 1941 a essayé de l'apporter [1] Y a-t-elle réussi ? Nous n'avons pas à le rechercher. Nous nous permettrons cependant de faire remarquer que mettre un frein à la poussée du divorce n'est intéressant que si la diminution des divorces n'est pas compensée par une inflation des séparations de corps. Nous savons bien que certaines modifications destinées à enrayer l'abus du divorce s'appliquent aussi à la séparation de corps : notamment la définition nouvelle de l'injure grave, cause de divorce, le sursis qui permet au président d'ajourner les parties avant l'instance (art. 238, alinéa 5 nouveau) [2].

Mais nous voulons parler ici de la disposition qui est peut-être la plus originale de cette loi nouvelle, celle qu'on a insérée dans le Code civil à l'article 233 et qui veut qu'aucune demande en divorce ne soit reçue pendant les trois premières années de mariage. « Il faut, a dit le Garde des Sceaux, laisser à certains feux le temps de devenir cendres » [3] ; il faut, avant de permettre le divorce, laisser faire ce que M. Vizioz appelle, d'un terme assez amusant, le « rodage matrimonial » [4].

Seulement, pour que ce « rodage » se fît véritablement, il

1. *J. off.*, 13 avril 1941.
2. En ce sens, voir en particulier les commentateurs de la loi du 2 avril 1941 : Carbonnier, D. crit. 1941, Legisl., p. 72 ; Vizioz, *La loi du 2 avril* 1941, n° 32. Les mêmes auteurs pensent au contraire inapplicable à la séparation de corps le sursis terminal de l'article 246.
3. Allocution radiodiffusée du 13 avril 1941, en note au D. crit. 1941, Législ. p. 61.
4. Vizioz, *op. cit.*, p. 19.

faudrait que la vie commune fût imposée aux époux, pendant ces trois années, sans échappatoire possible[1]. Or, aux termes de l'article 306, alinéa 1er nouveau, la séparation de corps est permise pendant cette période. Dès lors, la réforme perd une grande partie de son importance ; les époux qui se verront fermer l'accès du divorce, au lieu d'essayer de se comprendre, d'aplanir les heurts de caractère qui les divisent, se rejetteront en masse sur la séparation de corps. Au lieu de foyers brisés, on aura des foyers désunis : c'est peut être moins grave, mais le bien de l'Etat, préoccupation exclusive du législateur, réclame mieux que cela : il réclame des foyers stables.

Et plus même, cette première désunion reste toujours une étape vers la rupture définitive. La conversion — nous allons le voir — est réformée, certes, mais enfin elle subsiste Et tant qu'un espoit de conversion subsistera, la séparation de corps sera utilisée pour remplacer le divorce quand celui-ci est devenu impossible.

Voilà une critique que l'on peut adresser à cette disposition nouvelle ; on pourrait en objecter d'autres, ce n'est pas ici notre rôle. Nous avons voulu seulement montrer au passage la solidarité étroite qui, du fait de la faculté de conversion, existe entre les deux problèmes de la séparation de corps et du divorce, solidarité que le législateur de 1941 semble n'avoir pas toujours bien vue.

Cette parenthèse fermée, venons-en à la réforme apportée par la loi nouvelle à la conversion de la séparation de corps en divorce. Cette fois, plus de discussion préalable, plus de travaux préparatoires, mais seulement un texte, l'article 310 nouveau : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce à la demande de l'époux au profit duquel la séparation de corps à été prononcée, et pourra l'être à la demande de l'époux contre lequel celle-ci est intervenue ». Et, après ce texte, le 13 avril, une allocution radiodiffusée du Garde des Sceaux, déclarant que cette mesure déjouerait la manœuvre de certains époux volages qui demandaient la séparation de corps

1. Ou bien alors, comme cela existe dans le droit anglais et comme le propose M. Carbonnier, le divorce ou la séparation de corps seraient exceptionnellement permis pendant ces trois ans, dans certains cas que les tribunaux apprécieraient. .

avec l'arrière-pensée de la faire convertir en divorce[1]. On ne saisit pas très bien la manœuvre, les causes de la séparation de corps et celles du divorce étant identiques. Mais passons.

Ce qui importe, c'est que la loi nouvelle, si elle conserve aux deux époux le droit de demander la conversion, fait une différence suivant la qualité du demandeur. Si la demande est formée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps le juge *doit* prononcer la conversion ; si elle émane de celui contre qui la séparation de corps est intervenue, le juge *peut* prononcer la conversion.

2. *Comment justifier la différence.*

Au premier abord, on serait tenté de dire : c'est une prime accordée à l'innocent, ou, d'un point de vue opposé, une pénalité infligée au coupable. Et on pourrait s'étonner de cette conception nouvelle du divorce-récompense, assez contraire à l'esprit général de la loi. Mais n'insistons pas, sous peine de nous faire accuser de sophisme.

M. Breton pense que cette différence est injustifiable ; il écrit[2] : « Il paraît probable que si le législateur a rétabli, dans un cas, le pouvoir d'appréciation du tribunal c'est qu'il a espéré que les juges en useraient pour refuser la conversion lorsque quelqu'espoir subsiste encore d'une réconciliation des époux. S'il en est ainsi, pourquoi n'avoir pas rétabli ce pouvoir en tout cas ? Le motif sur lequel il repose semble avoir la même valeur, quel que soit celui des époux qui demande la conversion. On dira que celui qui a demandé et obtenu la séparation aurait du demander le divorce et qu'il ne doit pas avoir à souffrir du fait qu'il a ménagé les transitions et s'est contenté d'abord de la mesure la moins grave. L'argument ne nous convainc pas, car la modération que cet époux a montrée en optant pour la séparation de corps donne à penser qu'il existe quelques chances de réconciliation, que le pouvoir d'appréciation du tribunal est donc utile ». Et M. Breton

1. « Les époux volages avaient imaginé de borner leur demande à la séparation plus facile à obtenir. D'après une loi toute récente, au bout d'un an, cette séparation était automatiquement convertie en divorce. Notre loi se borne à rétablir la règle antérieure. Désormais, il faudra attendre trois ans ».

2. *Sem. jurid.*, 1941, doctr. 205, n° 27.

ajoute qu'il concevrait la conversion obligatoire, au cas de séparation de corps prononcée pendant les trois premières années du mariage [1] — il n'y a pas ici les mêmes présomptions de réconciliation — mais aucun texte ne permet cette interprétation.

Il nous semble que M. Breton ne saisit pas exactement le but du législateur rétablissant le pouvoir d'appréciation du juge dans certaines conditions. Nous nous rangerions plutôt à l'avis de M. Carbonnier qui voit dans cette inégalité « une consécration nouvelle de la théorie du divorce sanction, en même temps qu'une tentative pour rendre la séparation de corps moins précaire en lui laissant quelques possibilités de se prolonger au delà de trois ans » [2].

Car il nous paraît bien que le véritable but du législateur est de redonner à la séparation de corps sa valeur d'institution propre, d'en refaire un état qui peut durer, et non plus un simple temps d'épreuve. Remarquons bien que le législateur s'est défendu d'avoir obéi à des préoccupations d'ordre philosophique ou religieux ; mais il n'en retourne pas moins tout de même, indirectement, à l'idée de la séparation de corps « divorce des catholiques ».

Au fond, dans le conflit entre les deux libertés de conscience, le législateur de 1941 donne la préférence à celle de l'époux innocent. On ne peut, semble-t-il, que l'en féliciter, parce que cet époux innocent est le plus digne d'intérêt. Et puis cette réforme est bien dans la ligne de la théorie du divorce-sanction : l'époux coupable ne saurait imposer le divorce à l'autre, car c'est une sanction de ses propres fautes, et qu'un coupable ne peut pas se prévaloir d'une sanction pour en retirer un avantage [3].

Partant de cette idée, le système est très cohérent.

L'époux innocent a opté pour la séparation de corps pour une raison quelconque : à cause de ses convictions, ou pour ne pas compromettre les dernières chances de réconciliation, ou enfin parce qu'étant marié depuis moins de trois ans,

1. Cf. les articles 233 et 306, al. 1er du Code civil déjà vus.
2. Carbonnier, *loc. cit.*, p. 79.
3. On peut aussi dire que le fait de ne pas jouir de la conversion obligatoire est une sanction qui s'ajoute à celles qui frappent déjà l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée.

il ne pouvait pas demander le divorce. Si, au bout d'un certain délai, ces raisons ont disparu, pourquoi l'obliger à recommencer toute une longue procédure de divorce ? Pourquoi lui refuser la conversion, alors que les causes de la séparation de corps et celles du divorce étant les mêmes, il aurait certainement obtenu le divorce s'il l'avait démandé ou s'il avait pu le demander la première fois ? Pourquoi lui faire grief d'avoir ménagé les transitions et de n'avoir recouru à la dissolution du mariage qu'à la dernière extrémité ?

Si la demande de conversion, au contraire, émane de celui contre qui la séparation de corps a été prononcée, ce serait violer la liberté de conscience de l'époux innocent que de permettre au coupable de lui imposer le divorce contre son gré. Mais inversement, il ne faut pas non plus que le bénéficiaire de la séparation puisse maintenir cet état envers et contre tout : il pourrait le faire par malignité, et puis il est des cas extrêmes où l'époux coupable peut avoir, à sortir de cet état, des intérêts puissants qui doivent être pris en considération. Et c'est pourquoi il ne faut pas y emprisonner définitivement ce coupable, il faut lui ménager une porte de sortie dont le passage sera sévèrement contrôlé par le tribunal sur ces deux bases d'appréciation : objections de celui qui a obtenu la séparation de corps, intérêts de celui contre qui elle est intervenue.

Nous étudierons plus longuement la question du pouvoir d'appréciation du juge, mais d'ores et déjà il nous semble que là sont les deux fils conducteurs qui devront nous guider dans cette étude.

CHAPITRE II

A QUELLE EPOQUE PEUT-ON DEMANDER LA CONVERSION DE LA SEPARATION DE CORPS EN DIVORCE

I. — Le délai de trois ans. — Appréciation critique.

1. — *Le délai triennal.*

L'article 310 du Code civil dispose : « Lorsque la séparation de corps aura duré *trois ans*, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce, etc... ». Ce n'est donc qu'au bout de trois ans que la conversion peut être demandée. Il est à remarquer que le délai de trois ans s'est retrouvé dans toutes les rédactions successives de l'article 310. Et pourtant, après 1908, de fervents adeptes de la conversion voulant encore réduire cette dernière différence entre séparation de corps et divorce, avaient proposé de diminuer ce délai[1]. Ils avaient toujours échoué.

Mais ce que les Assemblées parlementaires n'avaient pas voulu, fut réalisé par un décret-loi du 29 novembre 1939 qui dépassait toutes les espérances des auteurs des propositions antérieures. Il décidait en effet[2] que « à titre temporaire, tant pour les jugements rendus au cours des hostilités que pour ceux rendus antérieurement au 2 septembre 1939, le délai prévu par l'article 310 du Code civil, pour la conversion du jugement de séparation de corps était réduit à une année ». Le texte était assez curieux, on ne touchait pas à la rédaction de l'article 310 lui-même ; et puis, cette modification « à titre

1. En particulier : proposition Louis Martin au Sénat le 31 janv. 1922, et Catalogne le 17 déc. 1923.
2. *J. off.* 17 décembre 1939.

temporaire », sans autre précision, « témoignait d'une certaine inélégance juridique »[1]. Au surplus, comment expliquer cette mesure ? Les motifs en restaient secrets. L'intitulé au *Journal officiel* portait bien que le décret-loi était pris par le Président de la République sur rapport du Président du Conseil et du Garde des Sceaux ; mais, alors que d'ordinaire, ces sortes de rapports étaient toujours publiés au *Journal officiel*, celui-là n'y figurait pas. Pourquoi donc cette modification ? Elle n'était tout de même pas commandée par les exigences de la défense nationale !

En fait, il semble bien que le décret-loi du 29 novembre 1939 était un texte personnel, destiné à résoudre un cas particulier. Ce cas particulier était peut être intéressant ; mais il ne faut pas oublier que la loi est une disposition générale, et donc, quand on fait une loi pour protéger un intérêt particulier, il faut s'assurer qu'elle concorde bien avec l'intérêt général. Les législateurs oublient cela assez facilement[2]. Or, en l'espèce, réduire à un an le délai de conversion de la séparation de corps en divorce, alors surtout que cette conversion était obligatoire, c'était au point de vue de l'intérêt général, une réforme fâcheuse, car on ruinait à coup sûr la séparation de corps, dernier vestige de l'indissolubilité du mariage, et on accélérait encore le mouvement en faveur du divorce.

Fort heureusement, la loi du 2 avril 1941 est revenue sur cette réforme : elle a rétabli le délai de trois ans, implicitement en reproduisant l'article 310, sans faire mention du décret-loi de 1939 ; expressément par l'article 6 de la loi qui porte abrogation formelle du décret-loi et décide qu'à l'avenir il ne sera plus statué sur les demandes de conversion que dans les conditions *et le délai* fixés par l'article 310.

2. *Appréciation critique de ce délai.*

Et tout d'abord, quelle est la raison d'être de ce délai qui doit s'écouler entre le jugement de séparation de corps et sa conversion en divorce.

1. Carbonnier, *La loi du 2 avril* 1941, D. crit. 1941, Législ. p. 78.
2. Cf. la loi du 14 sept. 1941 sur la légitimation des enfants adultérins et la chronique de M. Paul Coste-Floret *Une réforme regrettable*, D. crit. 1942, Chron. p. 1. Nous retrouverons d'ailleurs cette loi.

Elle est facile à comprendre ; la séparation de corps qui n'entraîne qu'un relâchement du lien conjugal, laisse subsister des possibilités de réconciliation. Or, comme il est préférable de voir des époux séparés de corps se réconcilier plutôt que de demander le divorce, il faut favoriser au maximum ces rapprochements avant de permettre la dislocation du foyer. Dès lors, le délai de conversion est, pour les époux, un temps où l'épreuve de l'isolement, de la séparation, pourra leur imposer des réflexions salutaires ; le coupable pourra s'amender, l'innocent oublier. Ainsi l'avait compris le Code civil, fixant à trois ans le délai au bout duquel l'époux coupable qui ne se serait pas repenti pourrait imposer le divorce à l'innocent qui ne voudrait pas pardonner.

Mais si ce délai présentait une utilité dans le système du Code civil où — au moins en principe — la séparation de corps ne devait pas aboutir nécessairement au divorce, il n'en était plus de même en 1908 lorsque la loi instituait la conversion obligatoire à la demande des deux époux. Le législateur semblait préférer, comme issue à la séparation de corps, le divorce à la réconciliation. Il est indéniable en effet que faciliter la conversion c'est diminuer les chances de réconciliation. Une réconciliation suppose toujours des renoncements, voire même des humiliations, en tout cas un effort long et patient. Or quelle bonne volonté et quels sacrifices peut-on attendre d'époux qui savent que la loi, au bout d'un certain délai d'attente, leur rendra leur liberté ? Ils ne chercheront peut être même pas à se rapprocher.

Dans un système qui, au contraire, ne promet pas à l'époux coupable un divorce certain au bout d'un délai fixé, il est à présumer que cet époux coupable, se voyant enfermé dans la séparation de corps, dont il ne peut sortir que difficilement— c'est le cas en 1941 — essaiera par tous les moyens de rentrer en grâces avec son conjoint qu'il a offensé. Le délai reprend alors sa raison d'être de temps de réflexion et d'amendement. Et ce n'est que lorsqu'il apparaît que le temps ne pourra plus apaiser les dissentiments conjugaux, que le tribunal examinera s'il doit convertir la séparation de corps en divorce, compte tenu des éléments de la cause.

L'existence même du délai étant ainsi justifié, que penser de sa fixation à trois ans ?

Remarquons en premier lieu, que ce délai est uniforme. On aurait pu songer à le faire varier, en proportion par exemple, de l'éloignement des époux, le délai étant moins long si les époux sont moins éloignés, car les chances de réconciliation, alors, se présentent et disparaissent plus vite[1].

La solution serait assez compliquée. Mieux vaut un délai uniforme. Et il nous semble que trois ans suffisent pour éprouver si les dissentiments conjugaux sont irrémédiables. Ce n'est d'ailleurs qu'une présomption simple, pour ainsi dire, et le juge saisi d'une demande en conversion devra d'abord rechercher s'il subsiste encore quelqu'espoir de réconciliation ; nous retrouvons ici l'idée chère à M. Breton : l'examen des possibilités de réconciliation est certainement un élément de l'appréciation du juge, il est même le premier chronologiquement — mais il ne saurait en aucun cas être le seul.

On peut même se demander, *de lege ferenda*, si la loi ne devrait pas prévoir, avant le procès en conversion — qui va ranimer les anciens griefs et peut-être augmenter la tension des rapports entre les époux — prévoir formellement une comparution des époux devant le Président du Tribunal. Celui-ci rechercherait s'il y a eu entre les époux des tentatives réelles de rapprochement pendant ce délai de trois ans. S'il aboutissait à une solution négative, il pourrait essayer d'amorcer cette réconciliation, et, au besoin, ajourner les parties comme il en a la faculté en vertu de l'article 238, alinéa 5 nouveau, au début d'une procédure de divorce.[2] Evidemment, cela retarderait beaucoup la conversion, mais le législateur actuel accorde une grande place aux mesures dilatoires dans la procédure du divorce. On peut aussi se montrer sceptique sur l'efficacité de ces comparutions en conciliation ; il est tout de même des cas où elles réussiraient, et cela suffirait à justifier le principe, tellement l'existence de ménages unis est importante pour la société.

1. D'anciennes coutumes suisses se contentaient, paraît-il, d'un délai de huit jours. Mais elle voulait qu'avant tout divorce, le mari et la femme fussent enfermés, pendant ce délai, dans une chambre où il n'y avait qu'une table, qu'une chaise et qu'un lit.

2. Article 238, alinéa 5 nouveau : « Avant d'autoriser le demander à citer, le juge peut, suivant les circonstances, et sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires, ajourner les parties à une date qui n'excèdera pas une année. Ce délai pourra être renouvelé, sans toutefois que sa valeur totale puisse excéder deux années ».

En définitive, l'idée fondamentale, c'est que des trois solutions que comporte la séparation de corps, réconciliation, maintien du *statu quo* ou divorce, la première est infiniment préférable au point de vue de l'intérêt particulier des époux et surtout au point de vue de l'intérêt général de la société ; et donc, la loi doit tout mettre en œuvre pour la faciliter.

Mais voilà qui nous entraîne hors de notre sujet. Revenons au droit positif ; nous avons dit qu'il prévoyait entre le jugement de séparation de corps et sa conversion en divorce un délai de trois ans. Connaissant ce délai, il nous faut maintenant en fixer le point de départ et le point d'arrivée.

II. — Point de départ du délai.

A. — *Solutions jurisprudentielles traditionnelles.*

1. *Principe : le délai part du jour où la décision qui prononce la séparation de corps est devenue définitive.*

L'article 310 n'indique pas ce point de départ. Il se contente de dire : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, etc... », ce qui est un peu vague. Car il s'agit de savoir à quel moment l'état de séparation de corps existe entre les époux, à quel moment elle commence à « durer ».

On pourrait penser que c'est au jour de la demande en séparation de corps, en invoquant l'extension jurisprudentielle à la séparation de biens accessoire de l'article 1445, alinéa 2, relatif à la séparation de biens principale, et aux termes duquel « le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ». Mais ce texte s'explique par des raisons spéciales, il ne vise que la dissolution de la communauté, donc que les rapports pécuniaires entre époux ; son but est d'éviter que, pendant l'instance en séparation de biens, le mari ne continue, par sa mauvaise gestion, à mettre en péril la dot et les reprises de la femme.

Il est donc inapplicable aux effets personnels de la séparation de corps. Il doit être interprété restrictivement, car il constitue une exception à la règle générale d'après laquelle seuls les jugements déclaratifs de droit c'est-à-dire ceux qui, dans une

situation donnée, dégagent seulement les droits et les torts respectifs, ceux qui disent le droit — ont un effet rétroactif au jour de la demande. Au contraire, les jugements constitutifs de droit, ceux qui créent un état nouveau — et le jugement de séparation de corps est bien un de ceux-là — ne produisent effet qu'à dater de leur prononciation.

On pourrait alors soutenir une deuxième solution ; en se référant à ce principe général, dire que c'est du jour où a été prononcé le jugement de séparation de corps que doit partir ce délai de trois ans. Cette opinion a d'ailleurs trouvé un écho en jurisprudence, dans un arrêt de la Cour de Bourges du 3 novembre 1890[1] : « il est de principe, dit cet arrêt, que tout jugement rendu en premier ressort a l'autorité de la chose jugée tant qu'il n'est pas attaqué par la voie de l'appel ou de l'opposition, et qu'il passe en force de chose irrévocablement jugée s'il n'a pas été attaqué dans les délais de la loi ; — que, d'autre part, en matière de séparation de corps, les effets du jugement remontent au jour où il a été rendu »[2].

Des auteurs, également, MM. Vraye et Gode[3] avaient soutenu la même opinion en s'appuyant sur des arguments de texte. Ils invoquaient la différence de rédaction entre l'article 310, résultant de la loi de 1884, et l'article 6, alinéa 4, de la loi du 18 avril 1886, disposition transitoire[4]. Alors, en effet, que l'article 310 dit simplement : « lorsque la séparation de corps aura duré trois ans », l'article 6, alinéa 4 dispose que : « Peuvent être convertis en jugement de divorce, comme il est dit à l'article 310, tous jugements de séparation de corps, antérieurs à la présente loi, devenus définitifs depuis trois ans ». Dès lors, disaient ces auteurs, il faut distinguer : s'agit-il d'un jugement de séparation de corps antérieur à la loi du 18 avril 1886 : il est régi par l'article 6, et le délai de conversion court donc du jour où le jugement est devenu définitif ; s'agit-il au contraire d'un jugement de séparation de corps postérieur à la loi du 18 avril 1886, le délai part du jour où ce jugement a été rendu.

1. D. 91.2.277.
2. En ce sens également, rapport de Letellier, sur l'art. 4, al. 3, de la loi du 27 juillet 1884, au S. *Lois annotées*, 1881-1885, p. 669, note 42 : « Cet article... exige en effet... que trois ans se soient écoulés entre l'époque où le jugement qui les a prononcées a été rendu et le moment de leur conversion possible en divorce ».
3. Cités dans la note sous l'arrêt Civ. 28 nov. 1887, S. 90.1.113.
4. S. *Lois annotées*, 1886-1890, p. 58.

MM. Vraye et Gode reconnaissent bien que cette distinction est irrationnelle, mais elle est imposée par les textes ; cette différence de rédaction ne peut être imputée à une inadvertance du législateur ; elle est en effet corroborée par une déclaration de M. Labiche, rapporteur au Sénat de la loi du 18 avril 1886, relative à l'article 6, alinéa 4 : « Enfin, votre commission a pensé qu'il n'y aurait aucun inconvénient à mettre ici que le délai partira du jour où le jugement sera devenu définitif »[1]. Cela semble dire qu'il y a là une disposition exceptionnelle, qui ne joue que dans les cas où s'applique l'article 6, mais que, lorsque c'est l'article 310 qui doit s'appliquer, le délai part du jour du prononcé du jugement.

Cette opinion est restée isolée. Tous les auteurs s'accordent à poser en principe que le délai de l'article 310 part du jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif. Quant à la jurisprudence, elle est non moins unanime ; à part l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges, toutes les décisions judiciaires se sont ralliées à l'opinion exprimée par l'arrêt de la Chambre civile du 28 novembre 1887[2].

Pourquoi, en effet, admettre la distinction irrationnelle proposée par MM. Vraye et Gode, à la suite d'une sorte de raisonnement *a contrario* dont il faut bien se méfier ? Il faudrait pour cela que l'intention du législateur de fixer un point de départ différent au délai de conversion suivant que le jugement de séparation de corps est antérieur ou postérieur à la loi du 18 avril 1886, résulte clairement de l'interprétation des textes mis en jeu et des travaux préparatoires.

Or, il semble bien au contraire que l'article 6, alinéa 4, de la loi de 1886, qui exige pour faire courir le délai de la conversion, que le jugement de séparation de corps soit devenu définitif « s'est borné à donner une formule claire et précise à une solution qu'il avait été dans l'intention du législateur de 1884 de consacrer »[3].

En effet, le texte primitif de la loi de 1884 voté à la chambre des députés correspondait aux termes de la loi de 1886 ; l'article 310 était ainsi libellé : « tout jugement de séparation de corps, devenu définitif depuis trois ans au moins, sera converti

1. S. *Lois annotées*, 1886-1890, p. 58, note 42 *in fine*.
2. D. 88.1.433 ; S. 90.1.113.
3. Note au S. 90.1.113.

en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux ». Nous avons dit déjà l'opposition véhémente rencontrée au Sénat par cet article qui instituait la conversion obligatoire à la demande des deux époux, et que cette opposition avait entraîné une modification remplaçant cette conversion obligatoire par la conversion facultative, avec pouvoir d'appréciation du juge. Seulement, il se trouvait que dans ce texte nouveau, le texte définitif de l'article 310 en 1884, les mots : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans », avaient remplacé : « tout jugement devenu définitif depuis trois ans au moins ». Ce changement était-il voulu, correspondait-il à une intention nette du législateur ? Certainement pas, la question n'avait même pas été agitée au cours des débats. Un problème autrement brûlant avait passionné les esprits. La substitution de cette formule nouvelle à l'ancienne était donc purement accidentelle.

D'ailleurs le rapprochement de l'article 310 et de la disposition transitoire de l'article 4, alinéa 3 de la loi du 27 juillet 1884 confirme encore cette interprétation. L'article 4, alinéa 3, était ainsi conçu : « Pourront être convertis en jugements de divorce, comme il est dit à l'article 310, tous jugements de séparation de corps, *devenus définitifs* avant la promulgation de la présente loi »[1]. La formule correspondait à celle de l'article 310 voté par la Chambre des députés. Et ce qui prouve bien que la suppression des mots « devenus définitifs » dans l'article 310 a bien été le résultat d'une discussion étrangère à la question qui nous occupe, c'est qu'on a laissé subsister les mots « devenus définitifs » dans l'article 4, alinéa 3, avec un renvoi formel à l'article 310, sans apercevoir la discordance qui existait désormais entre les deux textes.

Or, ce rapprochement est d'autant plus instructif que l'article 6, alinéa 4 de la loi du 18 avril 1886, dont MM. Vraye et Gode font état n'est que la reproduction de l'article 4, alinéa 3 de la loi du 27 juillet 1884, auquel on a voulu ajouter une précision. Malgré les déclarations formelles du rapporteur de la loi de 1884 à la Chambre[2] on pouvait se demander, à lire l'article 4, alinéa 3, si, pour les jugements de séparation de corps devenus définitifs, avant cette loi, il fallait attendre

1. S. *Lois annotées*, 1881-1885, p. 669.
2. Rapport Letellier, déjà cité.

trois ans pour demnder leur conversion en divorce ; un certain doute était permis, car ceux qui avaient demandé ces séparations de corps n'avaient pas pu choisir le divorce. Le seul but de l'article 6, alinéa 4, de la loi de 1886 était donc de déclarer qu'effectivement, l'application du délai de trois ans était exigée par la loi avant la conversion de ces jugements de séparation de corps en jugements de divorce. Il suffit pour s'en convaincre de rapprocher les deux dispositions transitoires et de lire le rapport de M. Labiche, en 1886[1].

Et précisément, si on lit ce rapport, si on replace dans son contexte la phrase de M. Labiche : « Enfin votre commission a pensé qu'il n'y aurait aucun inconvénient à mettre ici que le délai partira du jour où le jugement sera devenu définitif », on voit combien est faible l'argument a contrario qu'en tiraient MM. Vraye et Gode. Il n'en résulte nullement que le point de départ doive être différent dans les instances uniquement régies par l'article 310 ; « il en résulte seulement que la commission a pensé qu'il y avait lieu de donner, dans la loi de 1886, un sens clair et précis à une diposition qui, dans la loi de 1886, pouvait prêter à controverse »[2].

La solution semble donc s'imposer de fixer le point de départ du délai de trois ans au jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif. D'ailleurs, cette interprétation peut très bien se concilier avec les termes de l'article 310 : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans... » ; pour durer, il faut qu'elle soit établie, qu'elle ne puisse pas être remise en cause, donc que tout recours contre la décision qui la prononce soit écarté.

La jurisprudence, nous l'avons dit, est unanime sur ce point[3] ; la note discordante de l'arrêt de Bourges est restée isolée. Et le législateur a même indirectement consacré cette solution par la loi du 24 mai 1919 aux termes de laquelle[4] « *exceptionnellement*, tant pour les jugements de séparation de corps rendus avant le 2 août 1914 que pour ceux rendus au

1. S. *Lois annotées*, 1886-1890, p. 58, note 42.
2. Note sous l'arrêt de Civ. 28 nov. 1887, S. 90.1.113.
3. Civ. 28 nov. 1887, déjà cité ; — Req. 28 déc. 1891, D. 92.1.114, S. 92.1.120 ; — Douai, 22 avril 1891, D. 91.2.278 ; — Bordeaux, 11 mai 1910, S. 1911.2.19 ;—
4. D. 1919.4, Req., 19 déc. 1911, S. 1914.1.463 ; — Req., 20 juill. 1920, S. 21. 310 ; Civ. 5 févr. 1929, S. 1930.1.91 ; — Civ., 23 avril 1936, S. 36.1.264.

cours des hostilités, le délai de trois ans prévu par l'article 310 du Code civil pour parvenir à la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, courra à partir du prononcé ».

2. *Sens exact de l'expression « décision devenue définitive ». Applications.*

Le principe étant posé, il nous faut maintenant en préciser la portée. Nous avons justifié l'existence d'un délai de conversion en disant que c'était un temps d'épreuve destiné à favoriser la réconciliation entre les époux. Pour que véritablement, on puisse espérer en une réconciliation, il faut que le procès de séparation de corps soit complètement terminé entre les époux ; la lutte judiciaire, devant les juridictions supérieures aussi bien que devant les tribunaux de première instance, ne fait qu'accroître l'hostilité entre les plaideurs et ce n'est qu'une fois la lutte complètement terminée, et le calme revenu, que commenceront les méditations salutaires. Le délai partira donc de ce jour, c'est-à-dire du jour où le jugement ne pourra plus être attaqué par aucune voie de recours.

Précisons cependant que, la requête civile et la tierce opposition étant presqu'indéfiniment recevables, on ne saurait exiger qu'un jugement ne soit plus susceptible d'être attaqué par ces voies de recours pour que courre le délai de la conversion.

Mais, cette exception — d'importance pratique d'ailleurs assez réduite — mise à part, le principe s'applique dans tous les autres cas.

Voyons ces applications pratiques :

a) Jugement par défaut : le délai de l'article 310 partira du jour où le jugement par défaut qui prononce la séparation de corps n'est plus susceptible ni d'opposition ni d'appel. Rappelons d'ailleurs que les jugements de séparation de corps rendus par défaut, sont soumis quant aux délais d'opposition, à des règles particulières. Ces règles ont été posées d'abord pour les jugements de divorce ; aux termes de l'article 247 :

« l'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité ». Primitivement, cet article était spécial aux jugements de divorce. Les jugements de séparation de corps, eux, conformément au droit commun, restaient susceptibles d'opposition tant qu'ils n'avaient pas été exécutés. Mais comme il est assez malaisé d'exécuter (au sens de l'article 159 du Code de Procédure civile) un jugement de séparation de corps, on se heurtait à des difficultés parfois insolubles. Aussi la loi du 14 juillet 1909 [1] qui est devenue l'article 308 du Code civil, déclarait l'article 247 applicable à la procédure de séparation de corps [2].

Désormais donc le délai d'opposition au jugement de séparation de corps est de un mois après la signification faite à personne ; à défaut de cette signification, de huit mois après le dernier acte de publicité, et c'est à l'expiration de ce délai et du délai d'appel que partent les trois ans au bout desquels les époux pourront demander la conversion [3].

b) Jugement contradictoire : il est définitif après l'expiration du délai d'appel. Si une des parties fait appel, l'arrêt ne sera définitif qu'à l'expiration du délai de pourvoi en Cassation. Depuis la loi du 6 février 1893 en effet, le pourvoi en cassation est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps. Et ce délai du pourvoi en cassation — en conséquence de l'article 308 nouveau, qui déclare l'article 248 applicable à la procédure de séparation de corps — ce délai part « du jour de la signification à partie pour les arrêts contradictoires et, pour les arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable ».

En définitive donc, suivant les termes excellents de l'arrêt de la Chambre civile du 23 avril 1936 [4] « le délai de trois ans

1. D. 1909.4.97.

2. Cet article 308 a été complété par la loi du 2 avril 1941 : désormais, outre l'art. 247, l'art. 248 s'applique aussi à la procédure de séparation de corps.

3. Req., 20 juillet 1920, S. 21.1.37 ; D. 21.1.69 : cet arrêt fixe cependant le point de départ du délai triennal à la fin du délai de huit mois ; mais il faut que soit écoulé aussi, après le délai d'opposition le délai d'appel. Il prétend ensuite que le délai court sans qu'il soit besoin que le gagnant qui signifie le jugement par défaut à son adversaire ait reçu contre-signification de celui-là. C'est vrai, à condition qu'il n'ait fait dans l'acte de signifier aucune réserve, ce que l'arrêt n'établit pas.

4. S. 1936.1.264.

fixé par l'article 310 du Code civil pour exercer la demande de conversion de la séparation de corps en divorce a son point de départ le jour où la décision qui prononce la séparation de corps est devenue définitive, c'est-à-dire *lorsque les délais d'opposition, d'appel et de pourvoi en cassation sont expirés* ».

Il reste cependant à souligner deux difficultés spéciales : il s'agit des cas d'acquiescement à un jugement de séparation de corps et de désistement dans l'exercice d'une voie de recours contre un tel jugement.

c) Point de départ du délai de 3 ans, en cas d'acquiescement au jugement qui prononce la séparation de corps.

Normalement, l'acquiescement à un jugement, c'est-à-dire la renonciation expresse ou tacite à l'exercice des voies de recours, rend ce jugement définitif. Mais il faut que cet acquiescement soit valable.

Or, ce qui permet de douter de la validité de l'acquiescement à un jugement de séparation de corps, c'est l'article 249 du Code civil [1] aux termes duquel « le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ». Cet article 249 est-il applicable à la séparation de corps ? Certains le pensaient ; c'est une tendance assez générale de vouloir transposer dans la procédure de séparation de corps les règles particulières à la procédure de divorce ; ils invoquaient aussi l'article 309, alinéa 1er *in fine*, qui interdit la séparation de corps par consentement mutuel. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 décembre 1891, remarquablement motivé, répondait à ces objections [2]. Il rappelait que l'article 307 soumet la procédure de séparation de corps, en principe, aux règles du droit commun ; les exceptions à ce principe — et telle serait l'interdiction de l'acquiescement — doivent résulter d'un texte formel. Or le texte même de l'article 249 restreint cette interdiction au divorce. D'autre part, l'article 306 déclare applicables à la séparation de corps les articles 236 à 244 ; donc l'article 249 n'est pas compris dans ces dispositions. Quant à l'argument tiré de la prohibition de la séparation de corps par consentement mutuel, il interdit l'acquiescement à la de-

1. Cet article a été remanié en 1941 : nous le retrouverons en étudiant les voies de recours contre le jugement de conversion de séparation de corps en divorce.
2. D. 92.1.114, S. 92.1.120.

mande mais pas au jugement. L'acquiescement au jugement de séparation de corps est donc valable [1].

Mais arriva la loi de 1908 qui instituait la conversion obligatoire ; dès lors, la séparation de corps n'était plus qu'une étape vers le divorce, un divorce différé ; la question de l'extension à la procédure de séparation de corps de l'article 249 pouvait à nouveau être discutée. Un arrêt de la Cour de Nancy du 13 février 1909 admit cette extension [2] : « par la loi du 6 juin 1908 chacun des époux séparés peut, après trois ans, obtenir la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce ; le jugement de séparation de corps est donc maintenant *un jugement éventuel de divorce*, susceptible de produire, au bout de trois ans, par la seule volonté de l'une ou de l'autre des parties, enregistrée par justice, les effets d'un jugement primitif de divorce ».

Le tableau est tout de même poussé au noir. Le traité de procédure de MM. Garsonnet et Cézar-Bru répond excellemment à ces propos pessimistes [3] : « la loi de 1908 n'a en rien changé la nature du jugement de séparation de corps qui ne produit qu'éventuellement les effets du divorce. Il importe peu qu'au bout de trois ans il puisse être converti ; jusque là il est et demeure un jugement de séparation de corps ; et il n'y a pas dans notre droit une catégorie spéciale, celle des jugements éventuels ».

Or, en définitive, les motifs de la disposition de l'article 249 sont propres au divorce. Si le législateur interdit l'acquiescement au jugement ou à l'arrêt qui prononce le divorce, c'est pour éviter les renonciations hâtives et irréfléchies qu'on pourrait regretter ensuite, mais en vain ; peut-être aussi pour allonger la procédure, cet allongemeent étant recherché pour lui-même, dans le but de décourager du divorce. Ces raisons ne valent pas en matière de séparation de corps ; la séparation de corps laisse subsister les chances de réconciliation, elle n'est pas irrémédiable, et le délai de trois ans qui doit s'écouler avant qu'on en puisse demander la conversion en divorce est une protection sûre contre la hâte.

Il faut donc admettre la validité de l'acquiescement au

1. Voir également en ce sens, Douai. 22 avril 1891, D. 91.2.278.
2. D. 1912.2.32.
3. T. 7, p' 461.

jugement de séparation de corps ; la jurisprudence est nettement en se sens[1] ; la loi de 1941 qui étend à la procédure de séparation de corps, l'article 248, ne dit rien pour l'article 249 et son silence peut s'interpréter comme une confirmation de cette jurisprudence antérieure.

Or, si cet acquiescement est valable, il donne au jugement ou à l'arrêt un caractère définitif et marque le point de départ du délai de l'article 310.

d) Point de départ du délai au cas où l'un des époux se désiste après l'exercice d'une voie de recours contre le jugement de séparation de corps.

Si l'acquiescement au jugement de séparation de corps est valable, il doit en être ainsi du désistement après l'exercice d'une voie de recours contre un tel jugement[2]. Mais quel est alors le point de départ du délai de l'article 310 ? »

Dans les cas rares, où le désistement est valable *ipso facto*, indépendamment de l'acceptation du défendeur, le délai doit partir, semble-t-il, du jour où le défendeur a eu connaissance de ce désistement.

Mais en principe, le désistement pour être valable, requiert l'acceptation du défendeur. Or, aux termes de l'article 403, alinéa 1er du Code de procédure civile : « Le désistement, lorsqu'il aura été accepté, emportera de plein droit consentement que les choses soient remises de part et d'autre au même état qu'elles étaient avant la demande ». Ici donc, les choses seront remises en l'état où elles se trouvaient avant l'exercice de la voie de recours, c'est-à-dire que le jugement deviendra définitif dans les mêmes conditions où il le serait devenu si la voie de recours n'avait pas été exercée[3].

B. — *Problème nouveau : quel est le point de départ du délai de conversion en divorce d'une séparation de corps prononcée dans les trois premières années du mariage ?*

La solution traditionnelle, fixant le point du départ du délai de conversion au jour où la décision qui prononce la

1. Bordeaux, 11 mai 1910, D. 1911.2.143, S. 1911.2.19 ; — Req., 19 déc. 1911, S. 14.1.463 ; — Req., 26 juillet 1916, D. 16.1.252 ; — Civ., 5 févr. 1929, S. 30.1.81, note Audinet.
2. Voir Bordeaux, 11 mai 1910, déjà cité.
3. Voir Civ., 5 février 1929, déjà cité.

séparation de corps est devenue définitive, vaut-elle dans le cas de séparation prononcée pendant cette période d'indissolubilité temporaire qu'établit l'article 233 nouveau du Code civil? M. Carbonnier, dans le commentaire si riche qu'il a consacré à la loi du 2 avril 1941, propose une solution particulière à cette hypothèse [1] ; selon lui, le délai de conversion d'une telle séparation de corps commencerait à courir seulement à l'expiration des trois années qui suivent la célébration du mariage.

En effet, dit M. Carbonnier, la séparation de corps prononcée pendant ces trois années présente un caractère particulier : elle intervient dans une période où le mariage est indissoluble, c'est-à-dire où le demandeur ne peut pas choisir entre elle et le divorce. Elle a donc la même nature qu'avaient toutes les séparations de corps prononcées de 1816 à 1884, ou encore, après 1884 et jusqu'à la loi du 5 avril 1919, celles prononcées entre d'anciens époux remariés après divorce ; intervenue sous un régime d'indissolubilité, elle ne peut pas être convertie en divorce. Evidemment, l'indissolubilité établie par l'article 233 n'est que temporaire : la conséquence en est que l'inconvertibilité ne sera que temporaire ; mais pendant ces trois années qui suivront le mariage, la séparation sera inconvertible en divorce. Cela — fait justement remarquer l'auteur — ne veut pas dire que les époux ne peuvent pas demander la conversion pendant cette période, c'est évident, puisque, de toute façon, une séparation de corps ne peut être convertie en divorce que si elle a duré trois ans. Mais cela veut dire que le délai de conversion de l'article 310 ne partira que du jour où la séparation de corps sera convertible en divorce, c'est-à-dire à l'expiration des trois ans qui suivent le mariage.

Le délai de l'article 310 est en effet — nous l'avons vu — un temps d'épreuve, de réflexion, où les époux seront placés devant un choix à faire entre la rupture totale et la réconciliation. Il faut donc qu'ils soient capables d'un tel choix. Or ils ne le sont pas, puisque ce n'est qu'au bout de trois ans d'existence conjugale que le législateur les estime suffisamment éclairés pour demander le divorce, et donc pour opter, pour délibérer entre réconciliation et divorce. Un délai de délibéra-

1. D. crit., 41, Législ., p. 77.

tion, conclut M. Carbonnier, ne peut commencer à courir que du jour où la volonté est juridiquement capable de décider.

La jurisprudence, évidemment, n'a pas eu à se prononcer sur la question ; l'article 233 n'étant entré en vigueur que depuis 1941 [1], ce n'est qu'à cette date, au plus tôt, qu'ont pu intervenir des séparations de corps prononcées sous un régime d'indissolubilité du mariage. Et c'est donc au plus tôt en 1944 que nos tribunaux pourront être saisis de la conversion en divorce de ces séparations.

Nous espérons vivement qu'ils se rallieront à l'opinion de M. Carbonnier. Elle se recommande tout d'abord d'une logique particulièrement forte ; et puis elle paraît susceptible d'entraîner une conséquence pratique intéressante. Faisant allusion aux dispositions nouvelles des articles 233 et 306, alinéa 1er [2], nous avons déploré que le législateur n'ait pas complété l'interdiction temporaire du divorce par celle de la séparation de corps, sauf à laisser au juge, pour les hypothèses exceptionnellement graves, un pouvoir de dérogation. Or, si la jurisprudence s'orientait dans le sens que préconise M. Carbonnier, si les époux ne pouvaient obtenir le divorce sur conversion qu'au bout de six ans de mariage, peut-être en serait-il qui préfèreraient attendre l'expiration du délai de l'article 233, pour demander ensuite directement le divorce par voie principale, et qui continueraient dans l'intervalle la vie commune. Et alors, cette persistance de la vie conjugale pourrait, dans certains cas, amener les époux à un effort mutuel de compréhension, à des concessions réciproques, et peut-être à l'apaisement du foyer.

Cependant, est-ce qu'une troisième solution ne s'ouvrirait pas aux époux lassés prématurément de la vie conjugale ? Ne pourraient-ils pas demander la séparation de corps pendant les trois premières années du mariage et, dès l'expiration de ce délai, demander le divorce par voie principale ? Nous étudierons d'un point de vue général cette question de savoir si l'époux bénéficiaire d'un jugement de séparation de corps peut, avant l'expiration du délai de conversion, demander le

1. Remarquons au passage que la Chambre civile a admis l'application immédiate de l'art. 233 aux instances en cours, même en cause d'appel (Civ., 29 déc. 1942, *Sem. jurid.* 1943, jurispr. 2188).

2. V. *supra*, p. 13 et 14.

divorce par voie principale, et nous nous demanderons si elle comporte une solution particulière dans l'hypothèse à laquelle nous faisons présentement allusion.

Mais, pour l'instant, il nous faut achever l'étude du délai de l'article 310 ; en connaissant la durée et le point de départ, fixons-en maintenant le point d'arrivée.

III. — Point d'arrivée du délai.

Ne perdons jamais de vue que le délai de l'article 310 est destiné à épuiser toutes les possibilités de réconciliation. Dès lors, il doit être exempt de toute procédure. Il ne serait donc pas conforme à la nature de ce délai d'exiger seulement qu'il fût terminé au jour du jugement de conversion, il doit l'être au jour de la demande en conversion, et par demande, il faut entendre, nous semble-t-il, le premier acte de procédure, c'est-à-dire la requête présentée au président, afin qu'il rende l'ordonnance permettant l'assignation [1].

Précisons enfin que le délai de l'article 310 est un délai plein, c'est-à-dire que le *dies a quo* et *le dies ad quem* n'y sont pas compris [2].

IV. — Les époux séparés de corps peuvent-ils demander le divorce par voie principale avant l'expiration du délai de conversion ?

Le problème est étroitement lié à l'étude du délai de conversion, parce que s'il comporte une solution affirmative, cela diminue considérablement la portée de l'article 310. Il faut distinguer :

1. *La demande émane de l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée.*

En principe, il faut, dans ce cas, répondre affirmativement.

1. En ce sens, Civ., 28 nov. 1887, S. 90.1.113, cassant un arrêt de la Cour d'Aix ; — également Douai, 22 avril 1891, D. 91.2.278.

2. Dalloz, Jurispr. Génér. Supplé.., v° Divorce et séparation de corps, n° 673 ; note sous Douai, 22 avril 1891, précité.

La Cour de cassation l'admet d'ailleurs [1], parce que, dit-elle, on ne peut pas opposer à ce nouveau demandeur l'autorité de la chose jugée ; il ne se fonde pas sur les mêmes causes et ne veut pas arriver au même objet que le demandeur primitif en séparation de corps (nous verrons bientôt d'ailleurs que cette explication n'est peut-être pas très heureuse). La solution semble donc s'imposer ; si on ne permettait pas au défendeur à la séparation de corps d'obtenir le divorce autrement que par voie de conversion outre que le moyen est assez aléatoire pour lui depuis 1941 ce défendeur primitif verrait toujours le divorce prononcé contre lui, puisque le jugement de conversion ne peut entraîner d'autres modifications que la substitution du divorce à la séparation de corps ; et puis, on le priverait aussi du droit de faire valoir les griefs qu'il peut avoir contre son conjoint, particulièrement ceux nés pendant la période intercalaire.

Seulement, le principe admis, reste une difficulté d'application : sur quels griefs l'époux coupable peut-il fonder cette demande nouvelle ? Pour ceux qui sont postérieurs ou qu'il a connus postérieurement au jugement de séparation, pas de doute, il peut les invoquer. Mais pour ceux qu'il connaissait lors du jugement de séparation de corps et qu'il n a pas fait valoir alors, on discute. La Cour de Lyon prétend qu'il aurait dû les invoquer dans ce premier litige, et que, s'il ne l'a pas fait, cela prouve que ces griefs, sont imaginaires [2]. Les deux propositions sont très contestables. Rien n'obligeait ce défendeur à faire valoir ses griefs dans la première instance [3], il avait parfaitement le droit de différer son attaque, aussi bien que le demandeur ; d'autant plus que s'il avait attaqué alors, s'il avait agi par voie reconventionnelle contre la demande de séparation de corps, il n'aurait pu demander que la séparation de corps ; or il pouvait préférer le divorce, et on ne voit pas pour quels motifs le priver de l'option prévue par l'article 306, al. 1er. Quant à la présomption d'après laquelle, si ces griefs n'ont pas été invoqués lors du premier litige, c'est qu'ils

1. Req., 4 août 1913, S. 1914.1.257. — Voir aussi, Req., 13 avril 1921, S. 23.1.257, note Hugueney.
2. Lyon, 12 juin 1903, S. 1906.2.73, note Lacoste.
3. En ce sens, arrêt de la Cour d'Amiens, dans l'affaire Vilmont-, Amiens, 5 juillet 1920, S. 23.1.261.

étaient imaginaires, elle ne nous satisfait guère non plus ; il peut y avoir bien d'autres raisons à ce silence : insuffisance momentanée des preuves — souci d'éviter le scandale — désir de ne pas compromettre des chances de réconciliation — intérêt des enfants, etc...

Nous admettrons donc que l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée peut agir en divorce par voie principale avant l'expiration du délai de conversion, et peut fonder sa demande sur tous les griefs qu'il a contre son conjoint, quelle que soit leur date, à condition qu'il n'y ait pas renoncé dans ses conclusions lors du premier jugement ou qu'il n'ait pas été débouté d'une demande reconventionnelle formée alors.

2. *La demande émane de l'époux qui a obtenu la séparation de corps.*

On admet la recevabilité de cette demande si elle se base sur des faits nouveaux survenus depuis la décision de séparation de corps. Selon les termes de l'arrêt de Paris du 18 janvier 1886 [1], « de ces faits nouveaux naît un droit nouveau pour en demander en justice la constatation et l'appréciation, et, s'ils rentrent dans les conditions de la loi, obtenir le divorce. Nous pensons même, avec Baudry-Lacantinerie [2] que, à ces griefs nouveaux, on peut ajouter ceux existant déjà au moment de la séparation de corps ; nous invoquerons en ce sens l'article 244, qui nous dit que, si l'action en divorce s'éteint par la réconciliation, le demandeur peut néanmoins « en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation, *et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande* ».

Mais supposons que l'époux qui a obtenu la séparation de corps n'ait pas de griefs nouveaux. Peut-il, en se basant uniquement sur les faits pour lesquels il a obtenu la séparation, demander le divorce par voie principale avant l'expiration du délai de conversion ?

En faveur de l'affirmative, on a invoqué parfois les travaux préparatoires du Code civil, et l'opinion du jurisconsulte Lau-

1. Dalloz, Jurispr. génér., Supplém., v° Divorce et séparation de corps, n° 2677.
2. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chêneaux, *Traité théor. et prat. de droit civil*, 3e édition, t. 4, p. 251.

rent ; à notre avis, ces arguments ne valent pas dans le débat, parce que, dans le système établi en 1803, l'époux innocent n'avait pas le droit de demander la conversion. Dès lors, lui refuser d'agir en divorce par voie principale, ç'aurait été lui fermer toute porte de sortie de l'état de séparation de corps, donc porter atteinte à sa liberté de conscience.

Mais aujourd'hui, où cet époux innocent peut demander la conversion, et même où il jouit du privilège de la conversion obligatoire, les données du problème nous semblent différentes.

Quels arguments peut-on donner pour une solution affirmative ?

On fait état des déclarations de Labiche, le rapporteur au Sénat de la loi de 1884[1] : « Selon moi, dit-il, la faculté d'invoquer après trois ans la procédure de faveur de la conversion n'est jamais un obstacle à ce que l'on use, avant ou après trois ans, de la procédure de droit commun pour demander le divorce, soit qu'il y ait des faits nouveaux à invoquer, *soit qu'on s'appuie seulement sur des faits anciens*, car ces faits anciens n'ont jamais été appréciés au regard d'une demande en divorce, puisqu'il n'y a jamais eu qu'une demande en séparation. Au regard du divorce, il n'y a donc pas chose jugée ». Baudry-Lacantinerie admet lui aussi cette solution[2]. « Il faut même décider que l'époux qui a obtenu la séparation de corps peut, avant l'expiration du délai de trois ans et sans qu'aucun fait nouveau soit survenu, demander le divorce sur le fondement des causes pour lesquelles la séparation de corps a été prononcée, mais en suivant bien entendu la procédure du divorce. L'article 1351, ne s'y oppose pas, l'objet des deux demandes étant différent »[3].

Enfin Wahl prétend[4], très justement d'ailleurs, qu'on peut la déduire de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 août 1913 dont nous avons déjà parlé[5]. Dans une hypothèse où la demande en divorce se fondait sur des griefs nouveaux, cet arrêt déclare en effet cette demande recevable : on ne peut pas lui opposer l'autorité de la chose jugée, car il n'y a pas iden-

1. S. *Lois annotées*, 1881-1885, p. 668, 1re colonne.
2. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *op. cit.*, p. 251.
3. En note d'ailleurs, les auteurs reconnaissent les graves objections qu'on peut opposer à leur opinion et constatent que la jurisprudence est contraire.
4. *Rev. trim. de droit civil*, 1915, p. 497.
5. Voir *supra*, p. 38. — En ce sens aussi, Angers, 5 déc. 1918, D. 1920.2.103.

tité de cause ; ni identité d'objet, puisqu'elle conclue au divorce alors que la première se bornait à la séparation de corps. Or, il n'est pas besoin, pour écarter l'application de l'article 1351, de ces deux éléments ; un seul suffit, et donc, alors même qu'il y aurait identité de cause, c'est-à-dire qu'on invoquerait les mêmes griefs qui ont été déduits en justice lors de l'instance en séparation de corps, la demande est recevable parce qu'elle ne tend pas au même objet. Sur ce terrain de l'autorité de la chose jugée, la solution affirmative semble s'imposer.

Pourtant, si on l'admet, on arrive à des conséquences choquantes : elle permet en effet au demandeur d'imposer à son adversaire une procédure beaucoup plus coûteuse que la procédure de conversion. Et surtout, elle supprime l'utilité du délai de trois ans, d'autant que le juge, une fois la demande admise, devra prononcer le divorce. Tout d'abord, les causes de la séparation de corps et celles du divorce sont les mêmes ; au surplus, s'il refusait, on risquerait une contradiction de jugements, puisque, au bout de trois ans, sur demande de l'époux innocent, la conversion est obligatoire.

Au point de vue pratique donc, la solution négative est infiniment préférable ; elle est d'ailleurs admise par la majorité de la jurisprudence[1] ; mais, pour admettre un point de vue, il ne suffit pas d'en considérer les avantages pratiques, encore faut-il lui trouver une justification théorique.

Cette justification, nous pouvons la tirer du principe de l'irrévocabilité de l'option. La loi réserve aux époux malheureux deux voies pour aboutir au divorce : d'une part, la voie directe, par demande principale, d'autre part, une voie indirecte qui comporte deux étapes, la séparation de corps, puis la conversion en divorce. Aux termes de l'article 306, alinéa 1er, l'option doit s'exercer au jour de la demande[2] ; et, une fois exercée, elle est irrévocable. Si le demandeur a choisi la voie de la séparation de corps, il doit continuer dans cette voie ; or, entre les deux étapes qu'elle comporte, le législateur a inséré un délai de trois ans ; ce n'est donc qu'au bout de trois ans qu'un époux qui a obtenu la séparation de corps peut

1. V. les réf. citées par Garsonnet de Cézar-Bru, *op. cit.*, 3e édit., t. 7, p. 462, note 19.

2. Le terme ne s'entend pas ici dans le sens exact de demande en justice : puisque l'article 239, al. 2, permet, en tout état de cause de substituer une demande de séparation de corps à la demande en divorce.

demander le divorce, si évidemment, cette action en divorce se base sur le jugement de séparation de corps. A cette échéance, il pourra agir par la procédure de conversion, ou par la voie principale, puisque la conversion est une faveur, et que personne n'est tenu d'user d'une faveur ; on se demande bien d'ailleurs pourquoi il n'en profiterait pas. En tout cas « dans une demande principale et dans une demande en vonversion (qui sont basées sur les mêmes griefs) la chose demandée, à savoir le divorce, est la même, et il n'apparaît par aucune raison plausible pourquoi, dans l'un comme dans l'autre cas, l'obtention n'en serait pas subordonnée aux mêmes conditions, ou plutôt pourquoi les deux cas ne se confondent pas en un seul »[1].

Voilà donc l'explication ; la fin de non-recevoir tirée de la non-expiration du délai de l'article 310 est générale et s'oppose à toute demande en divorce, formée par l'époux qui a choisi et obtenu la séparation de corps[2], et basée sur ce jugement de séparation, ou sur des causes qui l'ont motivé[3].

Seulement, si l'explication suffisait jusqu'à la loi du 2 avril 1941, elle présente aujourd'hui une lacune. Supposons un époux marié depuis moins de trois ans et qui obtient la séparation de corps ; à l'expiration de ces trois ans, ne pourra-t-il pas demander le divorce pour les mêmes causes qui ont amené la séparation ? Comment, en effet, lui opposer une fin de non-recevoir tirée du principe de l'irrévocabilité de l'option, alors que, au jour où il a demandé la séparation, il n'avait pas d'option ? La difficulté est sérieuse.

Pourtant, nous ne pensons pas, ici non plus, qu'on doive admettre cette demande en divorce. A défaut d'argument précis contre une objection que le législateur n'a peut-être pas prévue, on peut invoquer la tendance générale de la loi nouvelle, tendance vers la réduction du divorce, vers l'allongement de la procédure recherché pour lui-même et aussi pour

1. Trib. de la Seine, 17 mai 1886, Dalloz, jurispr. gén. Supplém., v° Divorce et Séparation de corps, 1° 678.

2. La solution est la même au cas de séparation de corps prononcée aux torts réciproques des époux ; chacun, en effet, a été demandeur, puisque chacun a déduit dans l'instance ses propres griefs, sur lesquels le jugement de séparation est fondé.

3. V. en ce sens, Huc, *Comment. théor. et prat. du Code civil*, t. 2, p. 479.

favoriser la réconciliation. Il y a là des considérations générales qui pèsent en faveur de la négative et qui peuvent permettre le doute, et ce doute doit s'interpréter en faveur de l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée, car si, depuis la demande en séparation, son conjoint n'a pas pu trouver de nouveaux griefs contre lui, c'est qu'il est digne d'intérêt, et sa cause est la meilleure.

CHAPITRE III

DANS QUELS CAS LE JUGE DOIT-IL PRONONCER LA CONVERSION : ETUDE DU POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE

Nous avons vu que l'article 310, alinéa 1er nouveau, règle différemment le sort de la demande en conversion suivant la qualité de l'époux qui la forme ; si elle émane de celui au profit duquel la séparation a été prononcée, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce ; si elle provient au contraire de celui contre qui la séparation est intervenue, « *il pourra* l'être ». Dans cette hypothèse donc, la loi reconnaît au juge un pouvoir d'appréciation, la conversion est facultative. Nous avons déjà connu en 1884 un système de conversion facultative, qui existait d'ailleurs quel que soit le demandeur, et la loi se servait alors pour l'instituer du même mot « pourra » qu'elle reprend en 1941.

Or, outre que le texte est d'un laconisme regrettable, l'emploi de ce mot « pourra » est très critiquable. Le terme est bien vague. On a l'impression que le législateur a voulu éluder une difficulté qu'il n'osait pas résoudre ; il a abandonné sa mission, qui est de tracer une règle au juge, et c'est à celui-ci à se fixer lui-même une ligne de conduite. Assurément, ce pouvoir discrétionnaire comporte une grande souplesse ; il permet au juge de modeler sa sentence sur les circonstances si diverses et si particulières que présente chaque espèce. Mais aussi, ne voit-on pas à quel arbitraire il peut conduire ? la décision ne va-t-elle pas trop souvent dépendre des opinions personnelles du juge sur le divorce et la séparation de corps ? Et l'on aboutira alors, dans des situations analogues, à des décisions contraires, qui choquent le sens commun et déroutent les justiciables, jusqu'au jour peut être où un courant d'idées plus fort, profitant de cette incertitude, emportera la réforme.

On l'a dit et répété, le sort de la loi du 2 avril 1941 est entre les mains des tribunaux ; l'assertion est encore plus vraie peut-être pour la disposition nouvelle de l'article 310 que pour toute autre, étant donné le pouvoir absolument discrétionnaire laissé au juge. Nos tribunaux résisteront-ils et résisteront-ils longtemps à la marche envahissante du divorce, qui, du fait surtout des circonstances exceptionnelles que nous vivons, ne semble pas se ralentir, bien au contraire ? Il y a là un risque que le législateur aurait pu diminuer en prenant une position moins réservée. Et c'est pourquoi nous déplorons son laconisme.

Au surplus, l'expérience faite de la conversion facultative, entre 1884 et 1908, n'a pas été très satisfaisante. Et l'une des causes premières de son échec a été cette rédaction trop brève et trop vague de l'article 310 : « le jugement *pourra* être converti en jugement de divorce ». Nous allons d'ailleurs, au début de ce chapitre, étudier brièvement cette expérience, et en dégager quelques conclusions qui ont encore un intérêt actuel.

I. — L'expérience de la conversion facultative de 1884 a 1908, en quoi cette étude est encore utile aujourd'hui.

1. *La première question qui s'est posée : sur quels faits doit porter l'appréciation du juge ?*

La loi de 1884, disait donc seulement « le jugement *pourra* être converti ». Il fallait interpréter ce mot « pourra » et alors on s'est demandé sur quels éléments le juge se basera-t-il pour accorder ou refuser la conversion ? Que devra-t-il apprécier ?

a) *Les faits anciens ? La conception de la réparation, diminutif du divorce.* — Dès la discussion au Sénat du texte définitif de l'article 310, la question avait été posée au rapporteur, et celui-ci avait répondu[1] : « Le tribunal aura à apprécier si les motifs qui avaient été suffisants pour prononcer la séparation de corps peuvent, après les trois années d'épreuve, être

1. S. *Lois annotées*, 1881-1885, p. 667, 2e col.

considérés comme suffisants pour prononcer non plus seulement le relâchement du lien conjugal, mais sa rupture, c'est-à-dire le divorce ».

Loin de résoudre la question, ces déclarations ne font qu'en augmenter la difficulté, car elles soulèvent des objections pour la plupart insurmontables.

Supposons tout d'abord que la séparation de corps ait été prononcée pour cause péremptoire [1] (adultère ou condamnation à une peine afflictive et infamante) : si on lui avait demandé le divorce dès le début, le tribunal aurait dû le prononcer ; comment concevoir que, parce qu'on lui soumet cette demande trois ans plus tard, il puisse refuser le divorce ?

Autre hypothèse où on ne conçoit pas l'exercice du pouvoir d'appréciation des tribunaux comme le définit le rapporteur : c'est l'hypothèse où la demande de conversion émane de l'époux coupable. Si le juge doit s'assurer que les motifs qui avaient entraîné la séparation de corps sont suffisants pour justifier le divorce, alors on arrive ici à ce résultat que plus l'époux demandeur sera coupable, plus il aura de chances d'obtenir le divorce ; et cet époux coupable devra donc plaider devant le tribunal que ses torts étaient monstrueux, avec la même véhémence qu'il avait mise à les contester trois ans avant ; et l'époux innocent lui, s'il veut empêcher la conversion, devra démontrer que le griefs qu'il avait prétendus, trois ans plus tôt, suffisamment graves pour motiver la séparation de corps, sont au fond, assez bénins et ne sauraient justifier un jugement de divorce. Drôle de résultat, en vérité.

Reste l'hypothèse où la conversion est demandée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, et qui l'a obtenue pour cause d'excès, sévices et injures graves ; peut-on concevoir ici que le juge apprécie, après l'épreuve de trois ans, « si les motifs qui avaient été suffisants pour prononcer la séparation de corps le sont pour prononcer le divorce « ? Une objection surgit immédiatement : les causes de la séparation de corps et celles du divorce sont les mêmes, et, semble-t-il,

1. Notons au passage que la loi de 1941 semble avoir accentué la distinction des causes péremptoires et facultatives, en intervertissant les art. 231 et 232, groupant ainsi les premières dans trois articles consécutifs ; et en substituant, d'autre part, dans l'article 232, le pouvoir des juges de prononcer le divorce à la faculté des époux de le demander.

dès lors que des faits ont été jugés suffisants pour motiver la séparation de corps, ils doivent entraîner le divorce. A cette objection, la Cour de cassation répond [1] « si les causes de divorce et celles de la séparation de corps sont identiques, les deux demandes se distinguent néanmoins par leur caractère, leur but et leurs conséquences, puisque l'une comporte le maintien du lien conjugal dont l'autre poursuit la rupture ». Suivant donc que les époux demandent le divorce ou la séparation de corps, le tribunal peut exiger des faits d'une gravité plus ou moins accentuée ; les termes de la loi n'interdisent pas d'établir une certaine gradation entre les injures graves.

On arrive ainsi, entre 1884 et 1908, à une nouvelle conception de la séparation de corps, « diminutif du divorce » [2] pouvant être admis quand les griefs sont insuffisants pour justifier le divorce [3]. Seulement il faut remarquer — et ceci est essentiel — qu'une telle conception n'est admissible en 1884, que parce que, dans tous les cas, au moment de la conversion, les faits invoqués par le jugement de séparation sont passés à nouveau au crible de l'appréciation judiciaire ; elle ne saurait reparaître en 1941, où la conversion reste obligatoire dans une grande partie des cas.

Notons aussi que le pouvoir d'appréciation tel qu'il est défini par le rapporteur de la loi de 1884, ne saurait être exercé sous l'empire de la loi nouvelle ; celle-ci en effet n'institue la conversion facultative que si la demande est formée par l'époux coupable, et nous avons vu à quelles objections dirimantes il s'opposait dans ce cas.

Ce rapprochement établi, continuons à chercher sur quels éléments le pouvoir d'appréciation allait porter au cas où les directives données par les travaux préparatoires étaient inapplicables ?

b) *Faits nouveaux* ? — Le juge va-t-il prendre en considération, pour accorder ou refuser la conversion, des faits nouveaux, c'est-à-dire survenus pendant la période intercalaire de l'article 310 ? Non, le demandeur ne peut pas invoquer ces

1. Civ., 8 janv. 1900, S. 1900.1.193.
2. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. 2, *La famille* par Rouast, p. 556.
3. En ce sens, note de Labbé au S. 86.1.193 et Req., 11 janv. 1887, S. 88.1.374.

faits nouveaux, à côté des anciens qui ont motivé la séparation de corps et qu'il craint insuffisants pour motiver le divorce. Ce serait assimiler la demande de conversion à une demande de revision. Or cette revision ne pourrait se faire que suivant la procédure ordinaire de l'instance principale en divorce. L'instance en conversion se déroule suivant une procédure spéciale, simple et rapide, précisément parce qu'elle ne vise pas à une revision des causes du jugement, mais seulement à une transformation de ses effets.

Il apparaît donc finalement que le juge, pour prononcer le divorce, n'a pas à revoir les causes du jugement de séparation de corps ; ce qu'on lui demande, c'est une transformation des effets du jugement ; il doit donc rechercher l'opportunité de cette transformation.

c) *L'appréciation doit porter sur la situation réciproque des époux au moment de la conversion : la mission du juge est dominée par un principe d'opportunité.*

Le juge va donc apprécier s'il est opportun de prononcer le divorce entre les époux séparés de corps. Il va se demander si, étant donné la conduite des époux pendant la période intercalaire [1] et leur situation réciproque au jour de la demande en conversion, il doit faire droit à cette demande.

Si nous avons reproduit cette discussion, c'est afin d'arriver à établir cette conclusion que la mission du juge est basée sur un principe d'opportunité. Et cette conclusion, dégagée après bien des tâtonnements [2], a constitué un point de départ acquis pour les tribunaux chargés d'interpréter la loi de 1941.

Ayant posé le principe, voyons comment il a été appliqué entre 1884 et 1908.

2. *Etude sommaire de la jurisprudence de* 1884 *à* 1904 ; *l'échec de la conversion facultative.*

Nous nous bornerons à une étude sommaire, ne retenant cette jurisprudence que dans la mesure où elle conserve un intérêt actuel.

1. Les faits nouveaux peuvent donc être pris en considération comme un moyen pour les juges d'exercer, en connaissance de cause, la faculté de convertir ou de ne pas convertir la séparation de corps en divorce.
2. Voir sur ces discussions, Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, p. 240 à 243.

Premier élément à retenir : la mission du juge étant fondée sur un principe d'opportunité, non de légalité, le contrôle de cette mission échappe à la Cour de cassation [1]. L'appréciation par le juge des circonstances de fait est souveraine, et du moment qu'il les a appréciées, il n'y a pas lieu à cassation, alors même qu'il se serait élevé, au-dessus des faits particuliers, à des considérations générales qui pourraient paraître discutables [2] ; du moment qu'il remplit la mission que lui confie la loi, on ne saurait lui reprocher de penser et d'exprimer son opinion. Le fait que le pouvoir d'appréciation du juge échappe au contrôle de la Cour de cassation est important à noter, car il contribue à accentuer la diversité et la contrariété des décisions judiciaires.

Deuxième remarque sur cette jurisprudence : dans l'examen de la situation réciproque des parties, quelles vont être les considérations déterminantes pour le juge ?

La jurisprudence semble avoir suivi en partie les directives qui lui furent données par un article de Saint-Marc : « De la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce », publié en 1885 [3]. Elle y fut d'ailleurs poussée par le préjugé traditionnel des juristes français contre la séparation de corps : c'est un état antisocial, et c'est pourquoi chaque époux peut, au bout de trois ans, demander qu'elle cesse. Or, on ne voit pour arriver à ce résultat que deux moyens : la réconciliation ou le divorce. La solution est donc la suivante :

S'il subsiste des chances de réconciliation, le tribunal refusera la conversion [4] ;

Si tout espoir de réconciliation est perdu, le tribunal prononcera la conversion [5]. Cependant, la jurisprudence n'a pas toujours accepté cette solution simpliste que lui proposait Saint-Marc.

Elle s'est en effet réservé parfois le droit d'apprécier la

1. Civ., 12 août 1885, S. 86.1.193, note Labbé ; — Req., 24 mars 1886, S. 89.1.251 ; — 3 mai 1886, D. 86.1.355 ; — 11 janvier 1887, S. 88.1.374 ; — 13 juillet 1891, D. 94.1.66 ; — 15 juillet 1892, D. 93.1.411 ; — 21 avril 1896, D. 96.1.551 ; — Civ., 24 juillet 1901, D. 1904.1.452 ; — Req., 11 nov. 1907, D. 1908.1.128.

2. Voir par ex. Civ., 12 janv. 1887, S. 88.1.375.

3. *Rev. crit. de législ. et jurispr.*, 1885, cité par Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, p. 245.

4. Voir par ex. Toulouse, 6 avril 1900, D. 1901.2.398.

5. Req., 24 mars 1886, S. 89.1.251 ; — égal., arrêt de Douai, sous Req., 27 janvier 1891, D. 91.1.461.

moralité de la demande en conversion. Par exemple, elle n'a pas voulu que le conjoint coupable qui, par ses sévices ou son inconduite, a obligé l'autre à demander la séparation pût, en continuant ses agissements, s'assurer par sa propre indignité un moyen d'obtenir le divorce [1]. Egalement elle a refusé le divorce à l'époux qui le demandait dans l'intention de régulariser une liaison adultérine, la Cour de Rennes qualifiant une telle demande d'outrage à la morale publique » [2].

Une deuxième réserve était faite dans l'intérêt des enfants [3]. Cependant leur seule présence n'était pas toujours un obstacle à la conversion [4], et un arrêt de Paris du 24 janvier 1901 [5] pensait même que les considérations tirées de l'intérêt des enfants relèvent exclusivement de la conscience de celui des époux qui poursuit la conversion, mais ne saurait arrêter l'exercice du droit légal attribué à l'un et à l'autre conjoint.

Enfin l'intérêt de l'époux défendeur en conversion ; pouvait être pris en considération [6] ; mais seulement son intérêt, pas son seul désir de s'opposer à la conversion en particulier l'objection tirée de ses convictions religieuses n'était pas suffisante [7].

Mais, en dehors de ces réserves, d'ailleurs de plus en plus rares, ce qu'il faut retenir de cette jurisprudence, c'est qu'elle considérait que l'examen des chances de réconciliation « est et doit être, en cette matière, la cause principale et déterminante de l'appréciation du juge » [8].

Et voilà précisément une des causes qui expliquent l'échec de l'expérience de la conversion facultative. En effet, si un époux séparé de corps depuis trois ans demande le divorce, il y a déjà là un indice que les chances de réconciliation sont assez ténues. D'autre part, l'époux coupable, en refusant de reprendre la vie commune et en s'employant à exciter l'ani-

1. Paris, 24 janvier 1895, D. 95.2.489 ; — Dijon, 3 juillet 1895, D. 96.2.287 ; — Paris, 17 juin 1896, D. 96.2.408.
2. Rennes, 30 oct. 1893, D. 94.2.149 ; — en ce sens aussi Toulouse, 5 août 1891, *J.G.S.*, v° Séparation de corps, n° 185.
3. Pau, 9 août 1886, D. 87.2.204.
4. Poitiers, 25 mars 1889, D. 90.2.340.
5. D. 1901.2.398.
6. Req., 3 mai 1886, D. 86.1.355.
7. Angers, 13 avril 1896, D. 96.2.459.
8. Paris, 3 juillet 1890, D. 91.2.57, note Robert Beudant.

mosité de son conjoint, pourra obtenir facilement le divorce, et même l'imposer à son conjoint.

Ajoutons à cela — nous verrons la question d'ailleurs plus en détail — que, en pratique, l'exception de chose jugée ne met pas obstacle au renouvellement de l'action, puisque la cause de la demande en conversion est dans la situation actuelle des parties, c'est-à-dire quelque chose d'essentiellement changeant, et que l'identité de cause manquera pour que s'applique l'article 1351. Donc, après un premier échec, l'époux repoussé peut revenir à la charge, et probablement, en fin de compte, il arrivera bien à persuader au tribunal que tout espoir de réconciliation est vain et à obtenir gain de cause.

C'est d'autant plus probable qu'à cette époque, c'est-à-dire au début du XX^e^ siècle, le climat moral est essentiellement favorable au divorce. La jurisprudence applique de plus en plus largement la loi de 1884, elle admet 90 ou 95% des demandes en conversion, et la loi de 1908 qui institue la conversion obligatoire ne fait que consacrer une situation de fait.

Peut-être — nous n'oserions l'affirmer — le « climat » est-il différent en 1941 de ce qu'il était en 1908 ; le législateur a déclaré que le divorce devait être une institution exceptionnelle, mais Naquet tenait les mêmes propos en 1884. Après avoir vu un nouveau 1884, ne connaîtrons-nous pas un autre 1908 ?

Pour l'instant, tout de même, la jurisprudence a usé du pouvoir discrétionnaire que lui confère, dans certaines conditions, la loi de 1941. C'est à l'étude de cette jurisprudence que nous allons passer maintenant. Cependant, une question liminaire doit être résolue : dans quelles conditions la loi de 1941 institue-t-elle la conversion facultative ?

II. — Dans quelles conditions la loi de 1941 reconnaît-elle au juge un pouvoir d'appréciation : hypothèse de la séparation de corps prononcée aux torts réciproques.

Aux termes de l'article 310, alinéa 1^er^ nouveau, ce pouvoir d'appréciation existe quand la conversion est demandée par l'époux contre qui la séparation de corps est intervenue, mais

pas quand elle est demandée par celui au profit duquel la séparation a été prononcée. Telles sont les deux branches du dilemne : mais on a dit souvent que le propre du dilemne est de comporter un troisième terme auquel on n'avait pas songé en le posant ; or précisément le législateur de 1941 a oublié ce troisième terme, cette troisième solution à laquelle peut aboutir l'instance en séparation de corps, la séparation prononcée aux torts réciproques des époux ; hypothèse assez fréquente [1], dans laquelle il n'y a ni perdant, ni gagnant, puisque les deux époux sont à la fois l'un et l'autre. Et si l'un des époux entre lesquels est intervenu un semblable jugement demande la conversion de cette séparation de corps en divorce, cette conversion est-elle obligatoire ou facultative ?

La majorité des commentateurs de la loi nouvelle se sont prononcés pour la conversion facultative [2]. Ils invoquent la lettre même du texte : la conversion est obligatoire quand elle est demandée par l'époux « au profit duquel la séparation a été prononcée » ; or, si la séparation de corps est prononcée aux torts réciproques, aucun des époux ne peut prétendre en avoir eu le profit.

Un deuxième argument peut être tiré de la solution qui, au cas de divorce prononcé aux torts réciproques des époux, étend à chacun d'eux les déchéances prononcées par les articles 299 et 300 contre l'époux coupable [3]. Et pourtant il s'agit là de déchéance, c'est-à-dire d'une matière où l'interprétation restrictive s'impose ; la règle doit donc, à plus forte raison, s'appliquer dans l'interprétation de l'article 310, puisqu'elle conduit à la solution la plus protectrice des intérêts en présence, celle qui consiste à admettre le pouvoir d'appréciation du juge.

Enfin, cette solution est conforme à l'esprit général de la loi qui tend à la restriction du divorce. Et n'est-il pas conforme à la théorie du divorce sanction de dire que, du moment qu'un époux est en tort, la conversion doit être facultative ?

Cette solution n'a cependant pas recueilli tous les suffrages.

1. M. Breton rapporte que sur 1077 divorces prononcés sur conversion, en moyenne, chaque année, dans la période de 1938 à 1932, 544 l'étaient à la demande de l'époux coupable, 410 à la demande de l'innocent, 123 à la demande d'un des deux, la séparation ayant été prononcée aux torts réciproques.

2. Carbonnier, *loc. cit.*, p. 78 ; Breton, *loc. cit*, n° 28 ; — Vizioz, *op. cit.*, p. 43.

3. Voir les références citées par Breton, *loc. cit.*, note 26.

Il s'est trouvé un auteur, M. Voirin, pour soutenir que la conversion, demandée par un des époux entre lesquels était intervenu un jugement prononçant la séparation de corps à leurs torts réciproques, était obligatoire[1]. Son raisonnement est assez curieux ; il vaut d'être cité. Il prend comme point de départ un passage de la circulaire, relative à l'application de la loi nouvelle, adressée par le Garde des Sceaux aux Procureurs généraux[2]. Dans ce passage, il est dit que le tribunal, saisi d'une demande de conversion par l'époux coupable ; « devra apprécier si la conversion ne lèse pas, à un point de vue quelconque, l'époux au profit duquel la séparation a été prononcée ». Et M. Voirin raisonne ainsi : pourquoi veut-on que, dans l'hypothse d'une séparation de corps aux torts réciproques, la conversion soit facultative ? Parce qu'on a coutume, dans ce cas, d'étendre aux deux époux les déchéances prononcées par la loi contre le coupable, c'est-à-dire de les considérer tous les deux comme coupables. Mais précisément, s'ils sont tous les deux coupables, la conversion est obligatoire, le pouvoir d'appréciation du juge ne se comprend plus puisqu'il n'est institué, dit la circulaire, que pour la sauvegarde des intérêts de l'époux innocent, et que, en l'occurence, il n'y a pas d'époux innocent.

Le raisonnement est peut-être ingénieux ; mais il nous semble un peu osé de tirer un principe d'interprétation générale d'une circulaire, c'est-à-dire d'une simple mesure d'ordre intérieur qui ne lie pas les tribunaux. D'autant plus qu'ici la loi se suffisait à elle-même et que son texte imposait la solution contraire. On arrive ainsi à donner la préférence à la circulaire sur la loi, ce qui n'est pas très conforme aux principes du droit administratif.

L'opinion de M. Voirin est d'ailleurs restée isolée. Et la première décision judiciaire que nous connaissions sur la question, un jugement du tribunal civil de Chambéry du 3 février 1943[3], s'est rallié à la solution de la conversion facultative.

Voilà donc précisé le domaine exact du pouvoir d'appréciation. Voyons maintenant comment il fonctionne en pratique depuis 1941..

1. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1940-1941, p. 508.
2. *Sem. jurid.*, 1941, 4430.
3. *Sem. jurid.*, 1943, Jurispr. 2149 ; *Gaz. Pal*, 10 avril 1943.

III. — Comment la jurisprudence a-t-elle exercé ce pouvoir d'appréciation depuis 1941 ?

Nous voulons seulement ici tenter une synthèse de cette jurisprudence, réservant à un paragraphe ultérieur nos critiques et l'exposé de la manière dont nous concevons l'exercice de ce pouvoir d'appréciation.

La loi de 1941 n'indiquait aucun critère à l'appréciation du juge. Il découlait tout de même des précédents de 1884, que nous avons rappelés, que la mission du juge était fondée sur un principe d'opportunité, et qu'il devait tenir compte, pour se décider, des intérêts en présence.

De plus, une directive lui était donnée par la circulaire du Garde des Sceux à laquelle nous avons déjà fait allusion. Elle indiquait que c'était surtout la considération des intérêts de l'époux innocent qui devait inspirer la décision du tribunal : « le tribunal devra apprécier si la conversion ne lèse pas, à un point de vue quelconque, l'époux au profit duquel la séparation à été prononcée ». Evidemment, ce n'est qu'une circulaire, mais elle émane de l'auteur de la loi lui-même, et c'est le seul texte où il indique pourquoi il a rétabli ce pouvoir d'appréciation.

Seulement, c'est un texte bien court, et il ne peut pas prétendre à résoudre toutes les difficultés qui se présentent en pratique, et dont nous abordons maintenant l'étude.

A. — *Aperçu général de cette jurisprudence*[1]

Le premier jugement du tribunal civil de Nantes, du 1er octobre 1941[2] refusait de prononcer la conversion parce que le demandeur n'invoquait aucun fait justificatif à l'appui de

1. Une constatation relative à cette jurisprudence vaut d'être rapportée ici. Nous avons relevé une quinzaine de décisions judiciaires relatives à l'application de la conversion facultative. Dans toutes, sauf le jugement du tribunal de Chambéry, déjà cité, l'époux coupable, demandeur en conversion, était le mari. Est-ce à dire que le sexe féminin soit plus vertueux et que la responsabilité des dissentiments conjugaux incombe toujours au mari ; nous ne le pensons pas. Cela vient de ce que généralement les femmes demandent la séparation de corps beaucoup plus que les hommes ; il y a là sans doute la manifestation de sentiments religieux ordinairement plus profonds chez la femme.

2. *Gaz. Pal.*, 1941.2.395.

sa demande. Il est vrai qu'en l'espèce, le demandeur était un septuagénaire, ce qui pouvait autoriser quelques doutes sur l'opportunité d'une décision destinée à lui rendre sa liberté et à lui permettre éventuellement de se remarier.

Ce jugement soulevait donc la question de la preuve dans l'instance en conversion. On pouvait se demander en effet si c'était au demandeur à apporter des justifications à l'appui de sa demande ou au défendeur à présenter des objections. Le tribunal de Nantes semblait pencher pour la première solution : cela revenait à dire que la conversion était moins un droit qu'une faveur pour l'époux coupable.

Dans les espèces postérieures, cette question de la charge de la preuve ne semble pas s'être posée. En fait, l'époux qui demande la conversion est toujours poussé par des motifs qu'il ne manque pas d'invoquer pour justifier sa démarche ; quant au défendeur, s'il a des objections à présenter, il est bien certain qu'il les soumet au tribunal. Celui-ci se trouve donc en présence d'un faisceau de prétentions et d'intérêts divers à la lumière desquels il va se décider.

L'étude de la jurisprudence, c'est donc l'exposé des éléments soumis généralement par les époux à l'appréciation du juge de la conversion.

1. *Eléments proposés à l'appréciation des tribunaux ; intérêts en présence.*

L'époux qui demande la conversion le fait dans le but de se libérer des liens d'une union qu'il n'y a plus grande chance de voir renouer, et qui, dès lors, ne subsiste plus que comme une chaîne pour lui. Très souvent d'ailleurs, s'il veut se libérer de cette chaîne, c'est pour la remplacer par une nouvelle, pour régulariser une union adultérine dans laquelle il se trouve engagé. Les deux motifs ordinairement invoqués sont donc l'impossibilité de réconciliation et le désir de régulariser une union adultérine. Nous les reverrons plus en détail.

Mais, si l'on en croit la circulaire du Garde des Sceaux, le pouvoir d'appréciation n'a pas été institué pour permettre l'examen des prétentions du demandeur ; il l'a été pour permettre la sauvegarde des intérêts de l'innocent, soit que ce

dernier soulève des objections, soit que le tribunal prenne lui-même la défense de ses intérêts.

Ce peuvent être des intérêts matériels tout d'abord. Par exemple, la femme s'oppose à la conversion parce que le mari ne lui sert pas la pension que le jugement de séparation l'a condamné à payer, et ne lui restitue pas les sommes qu'il lui doit à la suite de la liquidation de la communauté ; le tribunal de Chartres décide qu'il sera sursis à statuer sur la conversion jusqu'à ce que le mari ait exécuté ses obligations [1]. Celui de Bordeaux pense au contraire que le défaut de paiement par le mari de la pension qu'il doit à sa femme n'est pas un obstacle à la conversion ; celle-ci en effet ne prive pas la femme des moyens légaux par lesquels elle peut contraindre son mari à ce paiement, elle ne lui cause donc aucun préjudice [2]. Autre exemple d'intérêt matériel lésé : le tribunal de Nantes refuse de prononcer la conversion sur l'opposition de la femme, qui allègue que le mari demande le divorce dans le seul but d'épouser sa concubine, et de la faire profiter ensuite de sa pension de retraite, frustrant ainsi sa femme et ses enfants légitimes [3].

L'intérêt des enfants communs peut être aussi invoqué, il ne semble cependant pas que les tribunaux trouvent là une raison suffisante pour refuser la conversion [4].

Il est enfin une autre catégorie d'intérêts dont la lésion peut empêcher la conversion : ce sont les intérêts moraux et spirituels de l'époux à qui ses convictions interdisent le divorce. Nous retrouverons plus longuement cette objection tirée des convictions religieuses de l'époux innocent.

Supposons maintenant que le défendeur ne soulève pas d'objections à la conversion ; y a-t-il là raison suffisante pour que le juge se croit obligé de prononcer le divorce ? Deux jugements semblent l'admettre : un du tribunal de Saint-Brieuc [5], l'autre du tribunal de Chambéry [6]. Et la raison essentielle, c'est que ce silence montre qu'on ne peut guère attendre une réconciliation entre ces deux époux dont l'un demande le divorce, et dont l'autre ne s'y oppose pas.

1. Trib. civ. de Chartres, 25 févr. 1942, *Gaz. Pal.*, 6 mai 1942.
2. *Trib. civ.* de Bordeaux, 15 juillet 1942, *Gaz. Pal.*, 13 octobre.
3. Trib. civ. de Nantes, 20 avril 1942, *Gaz. Pal.*, 11 juin.
4. V. par ex. Paris, 16 déc. 1942, *Gaz. Pal.*, 27 févr. 1943.
5. Trib. civ. de Saint-Brieuc, 16 juin 1942, *Gaz. Pal.*, 3 octobre.
6. Trib. civ. de Chambéry, 3 févr. 1943, déjà cité.

2. *Importance de l'examen des chances de réconciliation.*

Or, si l'on veut donner un aperçu général de la jurisprudence, il est essentiel de souligner l'importance que présente pour elle l'examen des chances de réconciliation. La première question que se posent les tribunaux saisis d'une demande de conversion, c'est de savoir si l'on peut espérer en une réconciliation des époux.

S'il subsiste un espoir de réconciliation, ils refusent la conversion[1]. C'est probablement cette idée que veulent exprimer deux jugements du tribunal civil de Lyon[2] qui repoussent la demande pour ce motif que la vie conjugale n'est pas devenue intolérable ; l'expression est assez impropre, car la vie conjugale a cessé depuis le jugement de séparation.

Et s'il n'y a plus d'espoir de réconciliation, le tribunal doit-il prononcer le divorce ? Certaines décisions semblent trouver le motif suffisant[3] ; un arrêt de Paris déclare même hardiment qu'alors « la persistance de l'état de séparation de corps ne présente aucun avantage social »[4] ; on peut discuter cette affirmation de principe.

Voilà donc une vue succincte, mais assez complète de cette jurisprudence. Nous voudrions maintenant en dégager deux questions particulièrement délicates, deux questions qui émergent de ces décisions et qui valent d'être étudiées plus en détail.

B. — *Deux questions particulièrement délicates : le tribunal doit-il tenir compte de l'objection tirée des convictions religieuses de l'époux innocent. Doit-il accorder la conversion à l'époux qui la demande pour pouvoir régulariser une liaison adultérine ?*

Nous groupons ces deux problèmes, tout d'abord à cause de leur importance pratique, ensuite et surtout parce qu'ils peuvent donner lieu à de vives discussion idéologiques. Nous

1. Trib. civ. de Béthune, 8 juill. 1942, *Gaz. Pal.*, 3 octobre ; — Paris, 16 déc. 1942, précité
2. Trib. civ. de Lyon, 13 janv. 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.1.74 ; — 24 février 1942, *Gaz. Pal.*, supplém., provis., 1942, p. 32.
3. Trib. civ. de la Seine, 10 févr. 1942, *Gaz. Pal.*, 1942, supplém. prov., p. 32 ; — trib. civ. de Chambéry, 3 février 1943, déjà cit.
4. Paris, 28 novembre 1942, *Gaz. Pal.* 29 Janvier 1943.

quittons ici le terrain du droit pour celui, plus mouvant, de la philosophie ; des conceptions diverses s'affrontent, des conflits surgissent : conflit entre deux libertés de conscience dans un cas ; — dans l'autre, conflit entre deux familles, l'une à laquelle ne rattachent que des liens légaux, l'autre vers laquelle poussent toutes les aspirations, et, de façon plus précise souvent, conflit entre les intérêts de l'enfant légitime et ceux de l'enfant adultérin qu'on veut légitimer.

Ici, il faut le reconnaître, les idées personnelles du juge jouent un grand rôle ; il décidera souvent en fonction de son opinion sur ces problèmes généraux. Il commencera donc par exprimer cette opinion, et alors, dans toutes les décisions que nous allons voir, nous retrouverons des attendus à forme de principes généraux indiscutables, d'affirmations tranchantes. Il n'est peut-être pas très sûr d'ailleurs que le juge soit absolument convaincu de ce qu'il avance, il affirme parfois avec d'autant plus de force qu'il a besoin de se persuader lui-même avant de persuader les autres. Et puis, dans le cas particulier qu'il résout, le principe est peut-être exact. Mais cette manière de l'ériger en règle générale peut présenter quelque danger. Car une décision judiciaire, outre ce qu'on pourrait appeler sa valeur statique, c'est-à-dire sa valeur intrinsèque de solution d'une espèce donnée, comporte une valeur exemplaire, une valeur dynamique en quelque sorte. Et l'on peut se demander à lire certains de ces attendus que nous retrouverons, si leurs rédacteurs en ont toujours soupçonné la portée dynamique. En de telles matières, les affirmations mesurées s'imposent.

1. *Le tribunal doit-il tenir compte de l'objection tirée des convictions religieuses de l'époux innocent* ?

Certains estiment que l'objection est insuffisante pour entraîner le refus de la conversion. D'autres, au contraire, la trouvent suffisante, mais parmi ceux-là, il faut établir une distinction suivant la justification qu'ils donnent de leur attitude.

Le tribunal de Bordeaux estime l'objection insuffisante[1]. D'abord, dit-il, si l'on s'en rapporte à l'allocution prononcée

1. Trib. civ. de Bordeaux, 15 juillet 1942, déjà cité.

le 13 avril 1941 par le Garde des Sceaux, le législateur de 1941 a voulu ignorer tous les préjugés politiques, conceptions philosophiques ou croyances confessionnelles qui avaient inspiré les lois antérieures sur le divorce. Ensuite, il faut distinguer mariage religieux et mariage civil ; la femme qui a contracté mariage selon les lois civiles et religieuses a accepté à la fois les conséquences civiles et les conséquences religieuses qui ne sont pas confondues en France, mais appartiennent au contraire à des domaines bien différents. Elle ne pouvait donc pas ignorer que si, du point de vue canonique, son union était indissoluble, du point de vue civil, elle pouvait dans l'avenir être rompue. Et d'ailleurs sa religion ne saurait lui faire grief de subir un divorce qu'elle ne peut empêcher. Remarquons d'ailleurs qu'en l'espèce, il y avait une considération de fait dont le tribunal ne fait pas état, mais qui valait d'être retenue : c'est que la femme, avant de demander la séparation de corps, avait demandé le divorce ; c'est maladroit, pour qui veut ensuite arguer de ses convictions catholiques.

A l'opposé, trois jugements, deux du tribunal civil de Lyon [1] et un du tribunal civil de Nantes [2], estiment que l'objection vaut parce que le mari qui, connaissant les sentiments religieux de sa femme, a consenti à se marier à l'église, a accepté par là de fonder leur union sur le principe catholique de l'indissolubilité du mariage : « Attendu, dit le tribunal de Lyon, que le mari a, en acceptant le dit mariage religieux, fondé leur union sur des conventions morales adéquates faisant la loi entre les deux époux, notamment quant à l'indissolubilité du mariage catholique ». Cette jurisprudence est très curieuse ; elle est d'une portée singulière, car, logiquement, elle devrait conduire à fermer le divorce à tous les gens qui se sont mariés à l'église, et, ce, semble-t-il, alors même que les deux époux demanderaient le divorce.

Au point de vue législatif, il y aurait peut-être là une idée intéressante ; cette renonciation tacite au divorce résultant du mariage religieux serait peut-être un moyen d'enrayer ce mal social. Le droit portugais connaît d'ailleurs cette restriction.

Mais, dans notre droit positif actuel, cette idée de l'indis-

1. Trib. civ. de Lyon, 13 janv. 1942, et 24 févr. 1942, déjà cités.
2. Trib. civ. de Nantes, 30 avril 1942, déjà cité.

solubilité du mariage acceptée du fait du mariage religieux est impossible à soutenir. Elle se heurte en effet à cette objection fondamentale que la loi civile ignore le mariage religieux. Au surplus, ces « conventions morales » dont parle le tribunal de Lyon, et qui emporteraient renonciation tacite au divorce, ne sont-elles pas contraires à l'ordre public, et par conséquent prohibées par l'article 6 du Code civil ?

Cette explication est donc très contestable. Nous lui préférons celle donnée par la Cour de Caen[1], dans un arrêt du 13 novembre 1942, remarquablement motivé ; cet arrêt admet aussi que les convictions catholiques sont un obstacle à la conversion, mais justifie son attitude de façon différente : « Attendu que si la loi civile, en ce qu'elle admet le divorce, a un champ d'application tout à fait différent et indépendant du sacrement religieux, fondé sur l'indissolubilité du lien conjugal, l'objection des sentiments religieux de l'une des parties a cependant sa portée et mérite d'être prise en considération en raison *du trouble de conscience et du préjudice moral* que la conversion pourrait causer à l'intéressé, surtout s'agissant de la partie au profit de laquelle la séparation de corps a été prononcée ». La Cour relève ensuite que le préjudice moral serait d'autant plus grand en l'espèce pour la femme catholique qu'elle perdrait sa qualité de femme mariée au profit d'une concubine que le mari veut *épouser*. Voilà, semble-t-il, des motifs très judicieux et qui sont bien dans la ligne de la circulaire du Garde des Sceaux.

2. *Le tribunal doit-il accorder la conversion à l'époux qui la demande pour régulariser une liaison adultérine et légitimer des enfants adultérins* ?

Notons d'abord que l'argument n'est recevable que si cette régularisation est possible, si l'époux coupable peut épouser son complice. Le tribunal ne le retiendra donc pas si la complice est une femme mariée non divorcée[2].

Très souvent, l'époux qui demande la conversion pour légitimer ensuite une union irrégulière, veut en même temps, par son remariage, légitimer un ou des enfants adultérins. Nous

1. Caen, 13 nov. 1942, *Gaz. Pal.*, 19 déc. 1942.
2. Trib. civ. de Bétnune, 8 juillet 1942, déjà cité.

savons en effet que, depuis la loi du 14 septembre 1941, qu'on a qualifié de « réforme regrettable »[1], qualification qui nous semble encore euphémique — tous les enfants adultérins a patre peuvent être légitimés par le remariage de leur auteur. Et l'époux coupable, demandeur en conversion, peut trouver dans cette loi, et dans l'intérêt de ces enfants à bénéficier de la légitimation, un argument sérieux à l'appui de sa demande.

Le tribunal de Bordeaux, dans un jugement du 15 juillet 1942, que nous connaissons déjà, tient compte de l'intérêt de l'enfant adultérin dans une espèce où aucun enfant légitime n'était né du premier foyer.

Mais là où la difficulté revêt une acuité particulière, c'est quand il existe des enfants légitimes. Qui va-t-on sacrifier en effet ? La famille légitime, en y permettant l'introduction d'éléments irréguliers ? L'enfant adultérin, en mettant obstacle à sa légitimation ?

Le tribunal de Saint-Brieuc admet la conversion, la femme ne s'y opposant pas et se bornant à demander des dommages-intérêts, la conversion laissant à sa charge exclusive l'éducation de l'enfant commun[2]. Le tribunal de Bordeaux, dans un jugement du 11 mars 1942[3] la prononce aussi ; il pose le principe suivant que : « si la société a des raisons pareillement impérieuses de voir maintenir une union légitime librement contractée ou de voir cesser un concubinage dont la durée ne fait que prolonger l'immoralité, du moins est-elle intéressée au plus haut chef au classement d'un enfant dans le cadre des enfants légitimes, et il y a là un motif pour la demande ». Après cette affirmation tranquille, le tribunal ajoute plus loin que, les trois enfants légitimes étant majeurs, ils ont acquis une certaine indépendance, ils n'ont plus besoin de l'assistance de leur père. Comme si la famille n'était que l'organisation légale de l'assistance matérielle aux enfants mineurs, assistance cessant à leur majorité. Voilà une conception nouvelle de la famille qui ne se recommande pas d'un spiritualisme très élevé.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 26 novembre 1942[4]

1. Paul Coste-Floret, *Dr. crit.*, 1942, p. 1.
2. Saint-Brieuc, 16 juin, déjà cité.
3. *Gaz. Pal.*, 6 mai 1942.
4. *Gaz. Pal.*, 29 Janvier 1943.

reprend à peu près les termes du tribunal de Bordeaux, et déclare aussi que la société a pareillement intérêt d'une part à voir maintenir une union légitime et à protéger un enfant innocent, et, d'autre part, à voir cesser un état de concubinage datant de plus de dix ans et légitimer les deux enfants nés de ce commerce coupable ; la Cour cherche donc ailleurs un élément d'appréciation, elle examine les chances de réconciliation et, considérant cette réconciliation impossible, elle prononce la conversion.

A l'encontre de ces affirmations si peu favorables à la famille légitime, la Cour de Caen, plus sage,dans cet arrêt du 13 novembre 1942 auquel nous avons déjà fait allusion, pense que le but de la loi du 2 avril 1941 a été la protection du mariage régulier et de la famille légitime, et c'est précisément en soumettant désormais à l'appréciation du juge la demande en conversion du coupable, en rendant difficile et incertaine la régularisation des conséquences des unions illégitimes, que le législateur de 1941 a rendu possible la défense de la famille légitime. Permettre la légitimation de l'enfant adultérin, ce serait porter un préjudice moral et matériel grave à l'enfant légitime. Evidemment, la solution est dure pour l'enfant adultérin ; mais si un sort malheureux l'accable, la faute en incombe non pas à la société, mais à ses parents, et son père « ne peut pas, vis-à-vis de sa femme et de son enfants légitime, se faire un titre de sa propre faute pour obtenir légalement et juridiquement les moyens de leur porter préjudice »[1].

Voilà des considérations vraiment sages, et nous ne pouvons que les approuver.

C. — *Le juge peut-il surseoir à prononcer la conversion* ?

Nous abordons ici un autre aspect du pouvoir d'appréciation du juge. Jusqu'ici nous avons vu d'après quels critères il est exercé ; il s'agit de savoir maintenant à quelles conséquences, à quelles décisions il permet d'aboutir. La réponse qui paraît s'imposer, c'est que le juge nanti de ce pouvoir peut ou prononcer, ou refuser la conversion.

Mais on s'est demandé s'il ne pourrait pas recourir à une

1. Voir en ce sens les attendus du jugement de Chartres, 25 février 1942, *Gaz. Pal.*, 6 mai.

solution intermédiaire surseoir : à prononcer la conversion. A vrai dire, la question se posait alors même que la conversion était obligatoire. Dans toute procédure de divorce en effet, le juge peut, aux termes de l'article 246, alinéa 1 et 2 du Code civil, une fois l'instruction terminée, ajourner la décision de divorce pour un délai qui ne pouvait autrefois excéder six mois, et qui peut aujourd'hui, depuis 1941, aller jusqu'à deux ans. Ce sursis est destiné à ménager, avant la rupture définitive, un dernier délai de réflexion, à sauvegarder les chances ultimes de réconciliation[1].

De cette justification, il résultait que ce sursis était inapplicable à la prodécure de conversion[2]. « Il va sans dire, écrivait Laurent, que lorsque le divorce est demandé comme conséquence de la séparation de corps, il ne peut être question de renouveler une épreuve qui a déjà duré trois ans »[3].

Or le législateur de 1941 n'a manifesté aucunement la volonté d'étendre l'article 246 à la procédure de conversion ; la modification apportée à cet article concerne uniquement le délai. Et c'est pourquoi les commentateurs de la loi nouvelle pensent qu'on doit maintenir la solution antérieure[4]. Nous nous rangeons à cette opinion, et nous pensons aussi que si le juge estime qu'il subsiste encore quelqu'espoir de réconciliation, il doit rejeter la demande de conversion, et non pas simplement surseoir à prononcer le divorce. Cette mesure plus radicale aura sûrement plus de chance d'aider aux rapprochements. D'autre part, elle n'est pas trop dure puisque, comme nous le verrons, la décision qui refuse la conversion n'a pas l'autorité de la chose jugée.

La jurisprudence qui a suivi la loi de 1941 ne nous offre pas d'exemple de l'application à la procédure de conversion de cette faculté de sursis. Nous trouvons une décision où il est question de sursis, mais c'est un sursis différent de celui que prévoit l'article 246. Le tribunal de Chartres, dans son jugement du 25 février 1942[5], surseoit à statuer sur la de-

1. Voir sur l'histoire et les caractères de ce sursis, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 7, n° 478 note 31.
2. Fuzier-Hermann et Demogue, *Nouveau Code civil annoté*, art. 246. 1, et les références ; Huc, *Comment. théor. et prat. du Code civil*, t. 2, p. 404.
3. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 3, p. 286.
4. En ce sens, Vizioz, *op. cit.*, p. 46 ; Carbonnier, *loc. cit.*, p. 75, 3° col.
5. *Gaz. Pal.*, 6 mai 1942.

mande de conversion jusqu'à ce que le mari ait exécuté les obligations pécuniaires auxquelles il est tenu vis-à-vis de sa femme. Mais, remarquons le bien, il ne surseoit pas à prononcer la conversion, il surseoit à statuer sur la demande ; et les motifs du jugement inclineraient à penser que le jour où il statuera sur cette demande, il la repoussera. Alors que le juge qui ajourne la sentence de divorce, en vertu de la faculté que lui reconnaît l'article 246, *doit*, à l'expiration du délai de sursis, prononcer le divorce, si l'un des époux le demande. Ce sont donc deux sursis de caractère différent.

IV. — Appréciation critique de cette jurisprudence. Examen des principales questions soulevées.

Nous voudrions ici, en toute humilité, dégager quelques directives au pouvoir d'appréciation du juge, et donner notre opinion sur les principaux problèmes qui se sont présentés en jurisprudence. Ces développements nous amèneront à apprécier éventuellement certaines des décisions judiciaires dont nous avons tenté la synthèse.

1. — *A la recherche d'un principe général d'appréciation.*

Depuis son rétablissement en 1804, la séparation de corps a toujours été vue avec défaveur dans notre droit. On l'a toujours considérée comme un état antisocial, une espèce de « célibat pénal »[1], qui, partant, devait être transitoire et finir au bout d'un certain délai par la réconciliation ou le divorce.

Certes, nous ne méconnaissons pas les inconvénients de la séparation de corps, et nous compatissons au sort malheureux de cet époux condamné, par la volonté de son conjoint, au célibat perpétuel, et privé à jamais des douceurs du foyer (nous remarquons cependant qu'il est pour une grande part responsable de son malheur puisque c'est lui qui, par ses fautes, a porté le premier coup au lien matrimonial). Mais enfin quels que soient ces inconvénients, il est un fait : c'est que la loi admet la séparation de corps.

1. Carbonnier, *loc. cit.*, p. 79, 1re col.

Et alors, pourquoi veut-on absolument que la séparation de corps, si elle ne se termine pas par la réconciliation, aboutisse fatalement au divorce ? Le divorce est-il donc tellement supérieur à la séparation de corps ? Notre rôle n'est pas d'examiner ici cet immence problème. Contentons-nous de quelques observations. On prétend que le divorce est seul compatible avec le grand principe de la liberté individuelle, et qu'il assure seul à l'homme le fameux « droit au bonheur » (si tant est que tout cela soit dans le monde moderne autre chose que des souvenirs consolateurs). Mais même cette supériorité du point de vue individuel étant admise, il est incontestable, et l'expérience universelle le prouve, que le divorce est un mal social terrible, un cancer social ; il entraîne sur l'institution du mariage, de la famille, sur les mœurs, bref sur la vie sociale tout entière les plus funestes répercussions. Et beaucoup pensent que le conflit du divorce et de l'indissolubilité du mariage est au fond le conflit de l'intérêt individuel et de l'intérêt général[1]. Or le législateur de 1941 a voulu, dans l'intérêt du pays, limiter les ravages de ce mal social. Et n'est-ce pas un moyen de les limiter que d'assurer une valeur propre, des possibilités de persistance, à la séparation de corps, dont les conséquences sont moins funestes pour la société, parce que, moins attirante que le divorce, elle n'a pas le dynamisme de celui-ci.

Dès lors, nous pensons que le juge, saisi d'une demande en conversion, ne doit pas se borner au dilemne : réconciliation. divorce, mais qu'il existe un troisième terme intermédiaire : maintien de la séparation de corps.

Et nous arrivons au principe suivant : ce n'est que si toute réconciliation apparaît impossible et qu'il n'y a aucun motif sérieux au maintien de la séparation de corps, que le tribunal doit prononcer le divorce.

2. *Dangers de la jurisprudence qui voit dans l'impossibilité de réconciliation un motif suffisant pour prononcer la conversion.*

La première question que le tribunal doit donc se poser, c'est de savoir s'il existe encore des chances de réconciliation. Il

1. Notre conviction profonde est que, même au point de vue de l'intérêt individuel des époux, l'indissolubilité du mariage est peut-être préférable à l'institution du divorce.

tiendra compte dans cet examen des circonstances de la cause, par exemple des rapprochements amorcés pendant la période intercalaire, de l'attitude réciproque des époux etc... S'il subsiste de tels espoirs, le tribunal refusera de prononcer la conversion.

Et s'il lui paraît que la réconciliation est impossible, nous avons vu que certaines décisions [1] considèrent la raison suffisante pour prononcer le divorce. Nous avions déjà trouvé cette tendance, plus développée encore, dans la jurisprudence de 1884 à 1908, et nous y avions discerné une des toutes premières causes de l'échec de la conversion facultative. Et nous ne craignons pas de dire que cette jurisprudence méconnaît l'intention du législateur ; si la conversion est facultative, quand elle est demandée par l'époux coupable, c'est parce qu'on veut renforcer le mariage, en obligeant le coupable à respecter le lien conjugal, et en lui refusant le droit de contraindre l'innocent au divorce. « Or, permettre au coupable d'obtenir le divorce à raison de l'impossibilité de rétablissement de la vie commune, c'est lui permettre d'imposer le divorce à l'innocent, le plus souvent à raison de ses torts qui ont continué » [2]. C'est tendre à réduire à néant le rôle du juge et préparer, au moins dans le domaine des faits, le retour de la conversion obligatoire à une échéance probablement assez brève. On peut se demander si les décisions judiciaires précitées ont bien vu ce danger.

3. *Les convictions catholiques de l'époux innocent doivent être un obstacle à la conversion.*

L'époux innocent, qui a demandé et obtenu la séparation de corps, a une situation acquise à son profit. Il a droit à la conserver s'il a de justes motifs, et la considération de ses intérêts doit être primordiale pour décider le tribunal à refuser la conversion.

Nous avons vu de quels arguments excipaient en pratique les défendeurs en conversion. La lésion d'intérêts matériels doit être prise en considération, mais seulement, nous semble-t-il, si elle est établie et d'une certaine gravité : encore pour-

1. V. *supra*, p. 54.
2. Note à la *Gaz. Pal.*, 15 déc. 1942, sous Paris, 26 nov. et 28 nov. 1942, précités

ra-t-elle être souvent compensée par des dommages-intérêts. En tout cas, nous approuvons pleinement le tribunal de Chartres, qui refuse de statuer tant que le demandeur n'a pas exécuté les condamnations pécuniaires auxquelles il est astreint.

L'objection tirée de l'existence d'enfants légitimes doit être, à notre avis, un obstacle à la conversion[1] ; et même le tribunal, pensons-nous, doit retenir cet intérêt en l'absence d'opposition du défendeur.

Enfin — et cette question nous retiendra plus longuement — doivent constituer aussi un obstacle à la conversion, les convictions catholiques de l'époux innocent. Nous avons déjà souligné l'existence, en matière de conversion, d'un conflit entre deux libertés de conscience ; il faut donner la préférence à l'une, nous la donnons à celle de l'époux innocent.

Mais on va nous objecter — et Naquet formulait déjà cette objection à Lucien Brun en 1884[2], — que le divorce imposé à l'époux catholique ne viole pas sa liberté de conscience, parce que sa religion ne saurait lui faire un grief de subir le divorce civil ; pour rester en régle avec elle, il lui suffira de ne pas se remarier et de se considérer, au point de vue religieux, indissolublement uni à son conjoint.

Cela, c'est ratiociner. Le respect de la liberté de conscience, c'est le respect des sentiments religieux. Or, le divorce imposé à l'époux catholique est une violation de ses sentiments religieux, l'origine de troubles de conscience et de souffrances morales cruels pour lui. Il le place dans une situation fausse, fausse vis-à-vis de lui-même, puisqu'il doit se considérer indissolublement uni, au point de vue religieux, à un conjoint que la loi civile a solennellement délié de toute obligation à son égard ; — fausse vis-à-vis d'autrui, car, pour la multitude, peu capable d'une argumentation théologique précise, il existe un antagonisme frappant entre « catholique » et « divorcé » ; qu'il soit divorcé à son profit ou à ses torts, l'époux catholique est un objet de scandale ; or « malheur à celui par qui le scandale arrive ». A ces troubles de conscience s'ajouteront souvent les souffrances morales déchirantes de l'épouse abandonnée au profit d'une concubine que son mari régularisera : quelle ironie

1. En ce sens Esmein, *La loi du 2 avril* 1941, *Gaz. Pal.*, 1941.1.109.

2. S. *Lois annotées*, 1881-1885, p. 667, 1re col.— Voir dans le même sens les attendus du jugement de Bordeaux, 15 juillet 1942, précité.

cruelle de prétendre qu'elle pourra se considérer indissolublement unie à un homme auprès duquel elle est remplacée par une rivale moins scrupuleuse qui l'a évincée. Et c'est en raison de ce « trouble de conscience » et de ce « préjudice moral » dont parle l'arrêt de la Cour de Caen, que ces convictions religieuses doivent être prises en considération par le tribunal. N'est-ce pas d'ailleurs éminemment conforme aux directives de la circulaire du Garde des Sceaux, recommandant aux tribunaux d'apprécier si la conversion ne lèse pas, *à un point de vue quelconque*, les intérêts de l'innocent ?

Très beau, tout cela, nous dira-t-on. Mais si vous attachez une telle valeur à l'objection de conscience, ne faut-il pas craindre qu'elle soit souvent invoquée pour masquer des motifs moins élevés[1] ?

Certes, il y a là un risque. On ne peut pas exiger d'un époux qui argue de convictions religieuses qu'il en apporte la preuve ; la seule preuve qu'on puisse songer à lui demander, c'est qu'il s'est marié à l'église ; or nous n'irons pas prétendre qu'il y ait là l'indice certain de convictions religieuses profondes. Cependant, nous nous permettrons quelques remarques. Nous ne croyons pas, tout d'abord, qu'il soit bien fréquent qu'un époux invoque des convictions religieuses, alors que les véritables motifs de son opposition à la conversion sont des motifs moins avouables, voire même la simple malignité ; il semble bien qu'en général, si un époux demande le maintien de la séparation de corps, c'est qu'il a de justes motifs, car, au fond, si la séparation de corps est un état tellement pénible pour l'époux coupable, ne présente-t-elle que des charmes pour l'innocent, ? Et puis — mais sur ce terrain nous avançons avec beaucoup de prudence, car la pente est glissante — le tribunal pourra, pour apprécier la valeur de l'objection, tenir compte de certains indices moins favorables, sans être d'ailleurs absolument déterminants : par exemple, le fait que l'époux innocent avait demandé le divorce avant de demander la séparation de corps.

Enfin, si nous parcourons les décisions judiciaires où ce problème est abordé, nous verrons que, souvent, ceux qui soulèvent une telle objection, présentent des preuves

1. V. Lagarde, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1942, p. 46.

sérieuses à l'appui de leurs dires[1] : qu'on lise par exemple, le jugement de Lyon du 24 février 1942 et qu'on devine le drame émouvant que dénouent ces attendus secs et brefs.

Aussi nous pensons que, même si l'objection tirée des convictions religieuses peut, dans certains cas, fournir un argument commode à la défense, ce n'est pas une raison pour décider de façon générale qu'on peut sacrifier les sentiments les plus nobles et les plus respectables de l'époux innocent ; d'autant plus, répétons-le, qu'on les sacrifierait au profit, pour ne pas dire au caprice, de l'époux le moins intéressant, de celui qui, par ses égarements, a mis la désunion dans le ménage. Pourquoi donc ne s'apitoyer que sur le sort du coupable, n'envisager que le bonheur et la liberté du coupable, et n'avoir aucun égard pour l'innocent touché dans ses convictions les plus chères et les plus sacrées ?

4. *La protection de la famille légitime doit être un souci prédominant chez le juge de la conversion.*

Si le défendeur ne présente pas d'objections sérieuses, il reste au juge à examiner la valeur des justifications que fait valoir le demandeur. Nous avons vu que le principal fait justificatif invoqué à l'appui d'une demande en conversion est le désir de régulariser une liaison coupable pour légitimer un endant adultérin, le demandeur se prévalant de la loi du 14 septelbre 1941, qui permet la légitimation de tous les enfants adultérins a *patre*. Ce motif doit-il décider le juge à prononcer le divorce ? Nous proposons une distinction.

S'il n'y a pas d'enfant légitime, et si l'époux innocent ne présente aucune objection sérieuse, le tribunal pourra accorder la conversion.

Mais s'il existe un ou des enfants légitimes, alors même que l'époux innocent ne s'oppose pas à la conversion, le tribunal doit prendre la défense de ces enfants légitimes, en refusant la conversion[2]. Dans le conflit entre les intérêts de l'enfant légitime et ceux de l'enfant adultérin, c'est l'enfant légitime qui doit l'emporter.

1. Voyez par exemple, Trib. civ. de Lyon, 24 février 1942, *Gaz. Pal.*, suppl. p. 1942, 32 ; — Paris, 16 déc. 1942, *Gaz. Pal.*, 27 févr. 1943.
2. Voir contra, Trib. civ. de Saint-Brieuc, 15 juin 1942, précité.

« La loi du 2 avril, a dit le Garde des Sceaux, tout au début de son allocution du 13 avril 1941, est une mesure prise pour répondre aux préoccupations de la famille ». Or, permettre la légitimation de l'enfant adultérin, c'est causer un préjudice moral et matériel grave à l'enfant et à la famille légitimes, c'est donc aller à l'encontre de l'intention du législateur, et c'est pourquoi nous avons critiqué les attendus du tribunal de Bordeaux et de la Cour de Paris prétendant que la société avait un intérêt égal à voir maintenir une union légitime ou régulariser une liaison coupable : l'intérêt social réclame la protection de la famille légitime.

Et ce n'est pas parce qu'une loi, difficilement explicable[1], a méconnu totalement les intérêts de la famille légitime qu'il faut chercher à en étendre l'application. Il faut, au contraire, en limiter les conséquences fâcheuses.

On arrive, sans doute, à faire une situation très dure à l'enfant adultérin ; mais, encore une fois, la responsabilité en incombe entièrement à ses auteurs, et son père ne saurait trouver dans ses égarements un motif pour obtenir légalement et juridiquement un moyen de porter préjudice à sa famille légitime. Et puis, enfin, pourquoi ne penser qu'à l'enfant adultérin et oublier totalement l'enfant légitime ? Pourquoi ce sentimentalisme déplacé, toujours prêt à s'apitoyer sur tout ce qui est coupable, sur tout ce qui est irrégulier, et si indifférent aux souffrances de l'innocent et aux intérêts de tout ce qui fait la force de la société ?

5. *Conclusion.*

En résumé, voici donc les quelques directives auxquelles nous aboutissons. Question préliminaire pour le tribunal : le demandeur a-t-il exécuté les obligations pécuniaires auxquelles il est tenu envers le défenseur ; en cas de réponse négative, sursis à statuer jusqu'à ce qu'il l'ait fait.

Le tribunal examinera ensuite les chances de réconciliation ; s'il en reste, il refusera la conversion. Il la refusera aussi si le défendeur présente des objections sérieuses, et en particulier, s'il s'oppose au divorce à cause de ces convictions-

1. Nous avons dit déjà qu'il semblait que cette loi du 14 sept. 1942, avait été faite pour un cas particulier.

catholiques. Enfin il la refusera, même en l'absence d'opposition du défendeur, s'il existe des enfants légitimes, alors même — et nous dirons peut-être alors surtout — que le demandeur sollicite la conversion pour légitimer, par un nouveau mariage, un enfant adultérin.

Tout cela tend à restreindre les cas où la conversion sera prononcée. Tout cela est dur pour l'époux coupable ; on nous accusera peut-être de parti pris, nous ne nous en défendrons pas. Nous touchons ici des problèmes extrêmement importants, et sur ces problèmes, il faut prendre parti ; nous avons pris parti hardiment dans le sens le plus favorable aux valeurs spirituelles et familiales qui seules font la grandeur des sociétés.

CHAPITRE IV

DES OBSTACLES POSSIBLES A LA DEMANDE DE CONVERSION

Il peut sembler assez peu logique d'étudier les obstacles possibles à la demande de conversion après avoir examiné le sort de cette demande. Cependant ce plan se justifie car l'étude que nous abordons suppose connus, nous le verrons, les caractères du pouvoir d'appréciation du juge.

Sous ce titre : « des obstacles possibles à la demande de conversion » nous voulons étudier deux questions :

1re question : une demande nouvelle de conversion est-elle recevable après le rejet d'une première demande ou, au contraire, l'autorité de la chose jugée s'y oppose-t-elle ?

2e question : quel est le sort de la demande en conversion intentée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, et concomitante à une demande principale en divorce introduite par celui contre qui la séparation a été prononcée ; comment se règle et comment se termine le concours de ces deux actions ?

I. — Cas ou une première demande de conversion a été rejetée : de l'autorité de la chose jugée en matière de conversion.

Précisons d'abord la question : la demande de conversion ne peut être rejetée que dans les cas où la conversion est facultative, c'est-à-dire quand elle est intentée par l'époux coupable, ou par un des époux séparés de corps par un jugement rendu à leurs torts réciproques. La question exacte est donc :

L'époux coupable qui a demandé la conversion et qui a échoué peut-il renouveler sa demande ?

A première vue, il semble qu'il faille répondre négativement. On ne saurait permettre à un plaideur évincé de revenir à la charge, et d'encombrer le rôle d'un tribunal, en organisant des instances successives, sans fin sans compte. Et puis, du point de vue théorique, une telle demande paraît irrecevable ; on peut penser que la décision de rejet, qui a clos la première instance en conversion, a l'autorité de la chose jugée ; la demande nouvelle est la même, elle est engagée entre les mêmes parties, et ne peut-on pas dire qu'elle a la même cause, puisque la demande en conversion, dans les deux cas, est fondée sur l'existence du même jugement de séparation de corps ?

La question se posait déjà sous l'empire de la loi de 1884, et les considérations que nous venons d'indiquer avaient paru décisives au tribunal de la Seine qui avait déclaré irrecevable la demande en conversion dont l'époux avait été déjà débouté. L'espèce était la suivante : deux époux séparés de corps sollicitent la conversion ; la demande du mari est acceptée, celle de la femme rejetée. Or, à cette époque, l'époux qui avait obtenu le divorce devait le faire prononcer par l'officier de l'état civil dans les deux mois, sinon il était déchu du bénéfice du jugement. Le mari, pour une raison quelconque, avait négligé l'accomplissement de cette formalité. La femme reprend alors devant le tribunal la demande de conversion dont elle avait été précédemment déboutée. Le tribunal de la Seine déclara cette demande irrecevable comme contraire à l'autorité de la chose jugée. Sur appel, la Cour de Paris, dans un arrêt du 22 avril 1886 [1], confirma le jugement après adoption de motifs, y ajoutant toutefois cette remarque : « Attendu que la dame n'allègue aucun fait nouveau, lui permettant d'invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 310 ».

Cet arrêt se place au lendemain de la loi de 1884 ; il semble admettre que la cause de la demande en conversion est dans le jugement de séparation de corps, ou plus exactement dans les faits qui ont motivé ce jugement. Le problème roule donc sur le point de savoir quelle est la cause de la demande en conversion ; que soumet-on à l'appréciation du juge ? Nous avons développé la discussion qui s'est instituée autour de ce

1. D. 1891.2.57, (1re espèce), note Robert Beudant.

problème sur quoi doit porter l'appréciation du juge, et nous avons conclu finalement qu'elle doit porter sur la situation des parties au moment de la demande en conversion.

Cette conclusion, la Cour de Paris la déduit elle-même dans un arrêt du 3 juillet 1890[1], consécutif à une affaire qui posait aussi la question de l'autorité de la chose jugée en matière de conversion. « La décision de justice, dit cet arrêt, qui a repoussé la demande de conversion, nécessairement inspirée par l'exament de la situation respective des époux au moment où elle a été rendue, laisse intact, à leur profit, leur droit à sortir de l'état transitoire où les a placés la séparation de corps, pour le cas où leur situation viendrait à se modifier ». Après quoi, la Cour relève que les espoirs de réconciliation qui avaient entraîné le rejet de la première demande ont disparu ; en conséquence de cette situation nouvelle elle prononce la conversion.

Y a-t-il exactement opposition entre ces deux arrêts de la Cour de Paris ? Il ne semble pas. La différence entre eux vient sans doute de ce qu'ils conçoivent différemment la cause de la demande en conversion. L'arrêt de 1890 voit cette cause, non point dans le jugement de séparation de corps, ni dans les faits qui l'ont motivé, mais dans la situation respective des parties au moment de l'instance en conversion. Et donc, dit cet arrêt, du moment que cette situation s'est modifiée, la première décision de rejet n'a pas l'autorité de la chose jugée ; elle nel'aurait et ne mettrait obstacle à la seconde demande que si cette situation était restée identique à ce qu'elle était lors de la première instance.

M. Beudant semble en conclure que l'exception de chose jugée ne s'appliquerait jamais, car les deux situations ne sont jamais identiques, au moins si elles le sont parfois en fait, elle ne le sont jamais en droit. Il est peut-être plus exact de dire que l'article 1351 s'applique ; nous avons vu que cela ressort nettement de l'arrêt de 1890. Certes, au point de vue pratique, la différence n'apparaît pas très importante ; dans les deux cas, la demande est recevable, car, même si l'on exige qu'une situation nouvelle se soit créée, pour le vérifier, il faut examiner la demande, donc l'admettre.

1. *Id. loc.*, (2e espèce).

Mais cependant, en disant que l'article 1351 s'applique, on oblige le juge à rejeter la demande au fond, s'il n'existe pas une situation nouvelle, des circonstances nouvelles qui seraient de nature à concilier sa décision avec la première rendue. Le juge doit relever de telles circonstances, il n'est pas libre de revenir arbitrairement sur son refus [1].

On arrive donc finalement au résultat suivant : si l'application de l'article 1351 peut aboutir à un rejet, au fond, de la demande de conversion formée après un précédent échec, elle ne met jamais obstacle à sa recevabilité en la forme. Au lendemain même d'une décision de rejet, l'époux coupable peut intenter une nouvelle action en conversion, sans avoir, comme le prétend un arrêt de la Cour de Toulouse du 5 août 1891, à attendre l'expiration d'un nouveau délai de trois ans [2].

Assurément, cette solution qui permet des demandes successives sans fin, sans compte, peut comporter des inconvénients en pratique, mais c'est un vice inhérent à l'institution de la conversion facultative, et on ne peut l'écarter. Il est bon de remarquer, d'ailleurs, que la solution contraire, qui refuserait à l'époux coupable, débouté une première fois, le droit de présenter une nouvelle demande, pourrait avoir des suites fâcheuses. Le tribunal, en effet, hésiterait bien souvent à prononcer une décision de rejet irrévocable et donc très lourde de conséquences, si bien qu'on arriverait peut-être, en fait, à la conversion obligatoire.

II. — Cas de concomitance entre une demande en divorce par voie principale et une demande par voie de conversion.

Précisons d'abord le problème. Supposons en premier lieu, que la demande de conversion émane de l'époux coupable, et que la demande par voie principale ait été formée par l'époux innocent, dans les conditions que nous avons déjà vues [3] ; en pareille hypothèse, l'époux innocent abandonnera son instance principale et formera une demande reconven-

1. Voir en ce sens note Brésillion, sous Nancy, 15 avril 1896, D. 1899.2.129.
2. Dalloz, Jurispr. gén. Supplém., v° Séparation de corps, n° 185.
3. V. *supra*, p. 34 et suiv.

tionnelle à la demande en conversion du coupable. Cette demande est recevable, l'époux qui la forme y a intérêt, car il n'est pas sûr que son conjoint coupable obtienne la conversion, tandis que, si lui la demande, elle est obligatoire.

Il faut donc supposer la concomitance d'une demande en conversion formée par celui qui a obtenu la séparation de corps, et d'une demande principale en divorce émanant de celui contre qui elle a été prononcée. Une hypothèse pratique fera mieux comprendre le problème. Une femme a obtenu la séparation de corps contre son mari pour cause d'excès, sévices et injures graves ; pendant la période de trois ans qui suit la moment où la décision de séparation est devenue définitive, la femme se rend coupable d'adultère. Son mari forme une demande en divorce. Seulement, à l'expiration du délai de trois ans, cette demande n'est pas jugée, et la femme, alors, demande au tribunal la conversion en divorce de la séparation de corps prononcée à son profit. Voilà donc deux actions concomitantes tendant au divorce.

Deux questions se posent :

1re Question : comment va se régler le concours de ces deux actions ? Va-t-on les joindre, va-t-on surseoir à statuer sur la demande de conversion pour les juger le même jour, ou chacune d'elles va-t-elle suivre son cours ?

2e Question : si l'on admet cette dernière alternative, comment va se terminer ce concours ? Que deviendra la deuxième demande quand la première aura abouti à un jugement définitif de divorce ?

Nous allons étudier les solutions générales apportées à ces problèmes avant 1941. Nous nous demanderons ensuite quels éléments nouveaux on peut déduire de la loi du 2 avril 1941.

A. — *Solutions générales antérieures à* 1941.

1. *Comment se règle le concours de ces deux actions* ?

La première solution à laquelle on aurait pu songer eût consisté à joindre les deux actions : n'y avait-il pas en effet entre elles litispendance ou connexité ? Seulement une objection fondamentale s'y opposait. C'est que, la litispendance ou la connexité ayant pour effet de réunir dans une même instance

pour être jugées par une même décision des demandes qui ont le même objet ou qui ont entre elles un rapport étroit, il s'ensuit que la première condition pour que la jonction des instances puisse être opérée, c'est que les actions soient justiciables de la même juridiction :

Or, la demande principale en divorce relevait de la jurdiction du tribunal siégeant en audience publique, tandis que la demande de conversion était débattue en Chambre du Conseil. On ne pouvait pas dire exactement que ce fussent deux juridictions distinctes, mais plutôt deux formations distinctes de la même juridiction ; certains auteurs pensaient que, si la conversion, au lieu d'être instruite en Chambre du Conseil, l'avait été en audience ordinaire, il y avait là une simple irrégularité de forme [1]. La jurisprudence, au contraire, voyait dans la règle de la non publicité une formalité substantielle, dont l'inobservation entraînait une nullité d'ordre public [2].

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence était nette : témoin cet arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 mai 1835 [3] : « Attendu que la demande de conversion de la séparation de corps en divorce ne peut être jugée que par la Chambre du Conseil, que la demande de divorce ne peut être jugée que par le tribunal siégeant en audience publique ; que dès lors, les deux actions n'étant pas justiciables de la même juridiction, il ne peut y avoir litispendance et qu'elles ne peuvent être jointes comme connexes ; que, dès lors, il n'y a pas lieu à règlement de juges ». Cette première solution devait donc être écartée.

Si l'on ne pouvait joindre ces deux demandes, il fallait donc laisser chacune d'elles suivre son cours ; mais alors, qu'arriverait-il ? Deux jugements contradictoires de divorce pourraient être rendus entre les deux époux, ou bien un jugement étant devenu définitif, il n'en pourrait probablement pas intervenir un second. Aurait gain de cause l'époux dont la demande serait la première jugée, et c'est contre l'autre que seraient prononcées les déchéances. Et probablement le premier serait celui qui a demandé la conversion, car il bénéficie d'une pro-

1. Glasson, Tissier, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 3e édit., t. 2, p. 5.
2. Nous verrons plus en détail la sanction du principe de la non-publicité.
3. S. 1935.1.2226 (2e espèce).

cédure simple et rapide. Mais que deviendrait après un jugement définitif de conversion la demande de l'autre ? Tomberait-elle ; et les fautes commises pendant la période intercalaire par l'époux qui a obtenu la séparation resteraient-elles impunies ?

On pourrait alors penser, pour régler ce concours, pour compenser cette inégalité en faveur du demandeur en conversion, à surseoir à statuer sur la demande en conversion jusqu'à ce que la demande principale fut en état d'être jugée. Une question à peu prés similaire s'était posée en jurisprudence, lorsqu'un tribunal était saisi par deux époux, soit de deux demandes principales en divorce, soit d'une demande principale et d'une demande reconventionnelle. Le tribunal devait-il, pour joindre les deux demandes, surseoir à statuer sur la demande principale complètement instruite jusqu'à ce que l'autre demande soit en état de recevoir jugement ? La Cour de cassation voyait là une question de fait, que les juges apprécieraient souverainement [1] ; il serait trop commode, en effet, au défendeur à la première demande, de prolonger l'instance et d'user d'une demande reconventionnelle ou d'une nouvelle demande principale comme moyen dilatoire. Or, si l'on ne reconnaissait pas au défendeur primitif à la demande principale en divorce le droit de prolonger ainsi l'instance, à plus forte raison devait-on le refuser au défendeur à la conversion, car le législateur avait voulu doter celle-ci d'une procédure essentiellement rapide ; le tribunal ne pouvait donc être obligé de surseoir à statuer. Un arrêt de la Cour d'Angers va même plus loin [2] ; il s'agissait, en l'espèce, d'une femme qui, après avoir obtenu la séparation de corps, avait, avant l'expiration du délai de trois ans, formé une demande principale en divorce, à laquelle le mari avait répondu par une demande reconventionnelle. A l'expiration du délai de trois ans, ces demandes n'étant pas jugées, la femme requiert la conversion. Au mari qui demandait de surseoir à statuer sur la demande en conversion, la Cour répond « que la demande de conversion doit être solutionnée sans délai *et qu'il doit être sursis à statuer sur la demande principale en divorce et sur la demande reconventionnelle dont les époux ont saisi le tribunal* ».

1. Civ., 20 févr. 1912, 2 arrêts au S. 1912.1.569.
2. D. 1920.2.103.

C'est peut-être aller un peu loin ; nous verrons que la Cour de cassation est plus modérée. Mais enfin, il fallait conclure de tout cela que le tribunal ne pouvait pas surseoir à statuer sur la demande en conversion jusqu'à la mise en état de la demande principale. Chaque demande devrait suivre son cours normal.

2. *Comment se termine le concours de ces deux actions : jugements de divorce successif entre les mêmes époux.*

Mais alors, à l'issue de ce concours, où les parties useraient probablement de toutes les voies de recours, lorsqu'un jugement définitif allait être rendu sur l'une des deux demandes, qu'allait devenir l'autre demande ? Allait-elle s'éteindre, ou bien continuerait-elle jusqu'à ce qu'elle aboutît à un jugement de divorce qui se heurterait ou se joindrait au premier ? Le problème était ardu.

Pour le mieux comprendre, nous allons étudier une espèce pratique qui s'est présentée en jurisprudence et qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 avril 1921 [1] : l'affaire Vilmont.

Les époux Vilmont avaient été séparés de corps par un jugement rendu le 9 juin 1916 par le tribunal de Clermont (Oise) et prononcé au profit du mari et aux torts exclusifs de la femme. En 1919, le mari demande la conversion de cette séparation de corps. La femme répondit à cette assignation par une demande reconventionnelle ; elle déclarait s'en rapporter à justice sur le principe de la conversion, mais sous certaines réserves, faisant valoir qu'elle avait des griefs sérieux contre son mari, et qu'elle ne les avait pas invoqués lors de l'instance en séparation, parce qu'elle espérait en une réconciliation ; mais que la réconciliation apparaissant maintenant impossible, elle demandait au tribunal de surseoir à statuer sur la conversion, pour qu'elle pût apporter la preuve des faits qu'elle alléguait.

Le tribunal de Clermont prononça la conversion. Il déclarait recevable en la forme la demande de la femme, mais au fond,

1. S. 1923.1.257 ; — D. 1923.1.206. — La genèse de l'affaire est rapportée au S. 23.1.257. note Hugueney.

l'en déboutait, parce que la juridiction de la Chambre du Conseil, si elle est compétente pour connaître d'une demande en conversion, ne saurait connaître d'une demande principale ou reconventionnelle en divorce.

Mme Vilmont, alors, forma une demande principale en divorce, devant le tribunal siégeant en audience publique, invoquant toujours ces mêmes griefs. Le mari, contre cette demande, excipait du jugement de conversion qui prononçait le divorce à son profit. Il déclarait donc la demande de sa femme irrecevable pour trois raisons : 1° atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée ; 2° contradiction possible de jugements ; 3° défaut d'intérêt pour la demanderesse.

Le tibunal réfuta ces arguments.

1° autorité de la chose jugée : les deux actions tendent au même but certes, mais pas par les mêmes moyens, et les conséquences en sont tout à fait différentes. Au surplus, le jugement de conversion obtenu par le mari n'était pas définitif au moment où sa femme a introduit sa demande.

2° contradiction possible de jugements : pas plus de contradiction, dit le tribunal, qu'il n'y en aurait au cas où la séparation de corps serait prononcée contre un époux, et le divorce contre l'autre ; or la conversion n'est pas à proprement parler un jugement, mais la constatation d'un nouvel état juridique entre les époux quand la séparation s'est prolongée pendant plus de trois ans sans qu'il y ait eu réconciliation ; elle est réputée prononcée par adoption des faits qui avaient primitivement motivé le jugement de séparation. Le jugement intervenu sur la demande principale en divorce tend au même état juridique que le jugement de conversion, il ne modifiera pas cet état, mais il en fixera les conséquences.

3° Le tribunal pense que s'il n'y a pas d'intérêt matériel pour la femme, au moins a-t-elle un intérêt moral à n'être pas divorcée à ses torts exclusifs.

En conséquence, les faits allégués par la dame Vilmont étant jugés pertinents, le tribunal prononçait, par un jugement du 21 janvier 1920, le divorce à son profit.

La femme fit appel du jugement de conversion, qui prononçait le divorce à ses torts. Le mari fit appel aussi du jugement qui prononçait le divorce contre lui. La Cour d'Amiens, ne pouvant joindre ces deux demandes, pour les raisons que nous

avons déjà indiquées, rendit le 3 juillet 1920, deux arrêts confirmant respectivement les deux jugements entrepris.

Le mari se pourvut alors en cassation contre l'arrêt confirmatif du deuxième jugement. Il reprochait à cet arrêt d'avoir déclaré recevable la demande en divorce formée par sa femme, et de l'avoir autorisée à prouver les faits qu'elle alléguait, alors qu'avant toute assignation, le divorce avait été prononcé entre eux à son profit et que l'arrêt confirmant ce jugement l'avait rendu définitif ; l'autorité de la chose jugée qui s'attachait à cet arrêt ne permettait pas de remettre en question la prononciation du divorce, non plus que les conséquences qui en découlaient.

La Chambre des requêtes rejeta son pourvoi, par un arrêt du 13 avril 1921 qui déclarait notamment : « que le droit de former une action principale lui appartenait (à la femme) jusqu'à la dissolution du mariage, laquelle n'était pas définitivement acquise, tant que l'arrêt confirmant le jugement de conversion était susceptible de pourvoi en cassation ».

Cet arrêt est le premier, remarquons-le, qui attribue un effet suspensif au délai de pourvoi en cassation, en matière de divorce. Il déclare donc que la demande en divorce par l'époux coupable est recevable tant que le jugement de conversion obtenu par l'autre n'est pas définitif. Mais c'est tout ; il ne résout pas la question de savoir si deux jugements de divorce successifs pourraient être prononcés entre deux époux [1] il ne dit pas, si après un premier jugement, la seconde demande peut être examinée et aboutir à un second jugement. Or, c'est ce problème qu'il nous faut résoudre maintenant : contre l'affirmative, trois arguments peuvent être invoqués : l'autorité de la chose jugée — la contrariété choquante des jugements — l'absence d'objet du deuxième jugement.

A l'autorité de la chose jugée, on peut répondre que les deux demandes, si elles sont engagées entre les mêmes parties pour le même but, se basent sur des causes différentes.

On trouve choquant que deux jugements successifs pro-

1. La Cour de cassation n'a jamais résolu le problème ; un arrêt de Requêtes du 15 déc. 1902 (D. 1903.2.110), rejette le pourvoi d'un mari qui demandait qu'il soit statué sur l'appel de la demande formée par sa femme jusqu'à la mise en état de celle qu'il avait formée ; la Cour rejette et observe incidemment qu'il a agi à ses risques et périls et que, s'il advenait que sa demande fût rejetée comme étant sans objet, il ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même.

noncent le divorce, l'un au profit du mari, l'autre au profit de la femme ; on prétend ces jugements inconciliables. Non, ils ne se contrediront pas, ils se compléteront et cette combinaison donnera une situation analogue à celle créée par un jugement de divorce aux torts réciproques. D'ailleurs, pourquoi ne pas admettre le cumul de deux jugements de divorce, alors qu'on admet le cumul entre deux époux, d'un jugement de divorce et d'un jugement de séparation de corps : la Cour de cassation en effet est très nette à ce sujet : « Attendu qu'une décision qui fait droit à la fois à la demande de l'un des époux tendant au divorce, et à celle de l'autre époux tendant à la séparation de corps n'a rien de contradictoire, certains effets de la séparation pouvant se combiner éventuellement avec ceux du divorce, sans les restreindre »[1].

Reste une troisième objection : le second jugement de divorce, dit-on, est sans objet : il est impossible de dissoudre un mariage qui est déjà dissous. Selon la comparaison, qui n'est d'ailleurs pas spécialement heureuse, d'un auteur : « on ne peut pas plus dissoudre deux fois le même mariage qu'on ne peut casser deux fois le même œuf »[2].

Nous entendons bien que le jugement est sans objet en ce qu'il admet la demande en divorce ; mais, pour le reste, il n'en conserve pas moins un objet, un intérêt, en ce qu'il établit la part exacte de responsabilité de chacun des époux dans la dissolution du mariage, en ce qu'il fait produire au divorce ses effets à l'encontre de celui qui avait obtenu le premier jugement.

L'époux qui a formé cette deuxième demande a de grands intérêts à ce qu'elle aboutisse à un jugement, tous les intérêts que comporte la substitution à un divorce prononcé à ses torts exclusifs d'un divorce intervenant aux torts réciproques des époux.

Il se peut, d'abord, que l'époux qui a obtenu le premier jugement se soit vu allouer une pension alimentaire, en vertu de l'article 301 : or, une telle pension ne peut être accordé qu'à l'époux innocent, et dès lors, qu'un jugement de divorce ihtervient contre lui, il perd le bénéfice de cette pension, et l'autre en perd la charge.

1. Req., 7 nov. 1899, S. 1900.1.169, note Naquet.
2. Lévy, cité par Hugueney, dans sa note au S. 23.1.257.

En second lieu, le divorce entraîne révocation des avantages matrimoniaux consentis à celui contre qui il est prononcé. La prononciation d'un second jugement de divorce contre celui qui a obtenu le premier entraînera révocation des avantages matrimoniaux dont il bénéficiait, ces avantages retournant à l'autre.

Enfin, si l'on n'admet pas qu'un second jugement puisse être rendu, l'auteur de la demande non jugée supportera tous les frais de son instance. Au contraire, si cette demande aboutit, c'est le défendeur, c'est-à-dire celui qui a obtenu le premier jugement de divorce, qui paiera ces dépens.

Les intérêts sont donc considérables et c'est pourquoi nous admettrons l'affirmative, très soutenable à la réflexion, à savoir qu'il peut intervenir deux jugements successifs de divorce entre les mêmes époux. Du moment que chaque instance doit suivre son cours, on ne saurait faire du divorce le « prix de la course » et laisser toute la question des torts et des effets du jugement aux aléas de la rapidité respective des procédures. Et, plus spécialement, on ne saurait permettre à l'époux qui bénéficie de la procédure simple de la conversion de trouver dans cette faveur un moyen d'échapper aux sanctions que peut mériter sa conduite pendant la séparation de corps.

Remarquons-le bien, cette solution ne peut être soutenue qu'autant que la seconde demande a été introduite avant que le premier jugement de divorce soit définitif. Nous posons cette restriction, reconnaissant bien d'ailleurs qu'il était assez difficile de l'expliquer, car aucun des arguments que nous avons fait valoir ne l'impose [1]. Il semble cependant que le bon sens doive faire exclure cette possibilité de demander la dissolution du mariage après un jugement de divorce devenu définitif [2].

1. M. Hugueney écarte cette thèse précisément sous ce prétexte « qu'elle irait tout droit à cette conclusion que la demande en divorce serait recevable, même après la conversion définitive obtenue ».

2. M. Vergez, dans sa thèse (p. 78), propose l'explication suivante : « Lorsqu'intervient un nouveau jugement de divorce entre deux époux précédemment divorcés, ce second jugement de divorce ne saurait être considéré comme constitutif de droit nouveau, mais bien comme déclaratif de droit preexistant. Partant, il rétroagirait au jour de la demande, sans que cette rétroactivité, toutefois, puisse dépasser le premier jugement de divorce. Mais pour que le second jugement de divorce pût rétroagir au jour de la demande, encore faudrait-il que cette demande fût introduite *tant que la dissolution du mariage n'est pas devenue définitive* ».

B. — *Eléments nouveaux qu'on peut déduire de la loi du 2 avril* 1941.

La première solution à laquelle nous avons songé, en présence d'une demande en conversion et d'une demande principale en divorce concomitantes, consistait à joindre ces deux demandes. Nous avons vu qu'un obstacle fondamental s'y opposait ; la demande en conversion relevait de la juridiction de la Chambre du Conseil, la demande principale était justiciable du tribunal siégeant en audience publique. Or, l'article 239, alinéa 1er nouveau du Code civil, résultant de la loi du 2 avril 1941, étend la juridiction de la Chambre du Conseil à toute la matière du divorce et de la séparation de corps. Rien ne s'oppose donc à ce que le tribunal joigne ces deux instances connexes, ce qui évidemment simplifierait beaucoup le problème.

Est-ce à dire que dans tous les cas, le tribunal saisi de deux semblables demandes, les joindra et surseoira à statuer sur la demande en conversion pour les résoudre toutes deux par un même jugement ?

Au fond, la situation est exactement la même aujourd'hui dans cette hypothèse, qu'elle était et qu'elle est encore quand un tribunal est saisi de deux demandes principales ou d'une demande principale et d'une demande reconventionnelle en divorce. Nous avons vu que, dans ce cas, la Cour de cassation reconnaissait aux juges un droit souverain d'apprécier s'ils devaient joindre ou juger séparément les deux actions, afin que la demande principale ou la demande reconventionnelle ne soient pas un moyen dilatoire pour le défendeur à une instance en divorce. Certes, aujourd'hui, le législateur est moins soucieux qu'autrefois d'assurer le triomphe rapide des demandes en divorce, mais nous ne pensons pas qu'il permette d'ajouter aux sursis légaux qu'il a créés un sursis judiciaire destiné à favoriser les manœuvres dilatoires de l'époux coupable. Il résultera peut-être de cet esprit nouveau que le juge du fait acceptera plus facilement de joindre demande en conversion et demande principale en divorce, et de surseoir à statuer sur la première jusqu'à ce que la deuxième soit en état d'être jugée, mais nous croyons que ce pouvoir relève encore de son appréciation souveraine, et reste toujours une faculté pour lui.

Appendice

Mesures transitoires relatives à la conversion : l'article 6 de la loi du 2 avril 1941.

La conversion de la séparation de corps en divorce est la seule matière pour laquelle la loi du 2 avril 1941 ait prévu des dispositions transitoires. Ces dispositions transitoires sont insérées dans l'article 6 de la loi : « Le décret du 29 novembre 1939, modifiant à titre temporaire l'article 310 du Code civil est abrogé »

« Il ne pourra être à l'avenir prononcé de conversion de séparation de corps *ou de* divorce que dans les conditions et le délai fixé par l'article 310.

« Il ne sera statué sur les demandes de conversion déjà introduites en vertu du décret précité à la date de l'entrée en vigueur du présent décret et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, qu'à l'expiration du susdit délai ».

Corrigeons tout d'abord une erreur matérielle qui s'est glissée dans la rédaction du deuxième alinéa ; au lieu de « conversion de séparation de corps *ou de* divorce », il faut lire « conversion de séparation de corps *en* divorce ». Le contexte et la référence à l'article 310 indiquent nettement qu'il s'agit seulement de jugements de divorce prononcés sur conversion et non pas de jugements rendus directement au terme d'un procès en divorce.

Ensuite, il nous faut délimiter le champ respectif d'application des alinéas 2 et 3, parce que des difficultés peuvent naître de ce qu'il n'y a pas concordance entre leur rédaction. M. Vizioz [1] pense que le législateur eût été bien inspiré d'établir une telle concordance et de rédiger le 3e alinéa comme suit : « il ne sera statué sur les demandes de conversion introduites

1. Vizioz, *op. cit.*, n° 54.

à l'avenir que dans les conditions et le délai fixés par l'article 310 ». En effet, un esprit subtil peut tenir le raisonnement suivant : l'alinéa 2 qui déclare « qu'il ne pourra être à l'avenir prononcé de conversion ... » semble s'appliquer à toutes les demandes, même introduites avant la loi du 2 avril, et qui n'ont pas encore abouti à un jugement. L'alinéa 3, au contraire, s'appliquerait aux demandes introduites avant la loi du 2 avril et qui ont fait déjà l'objet d'une décision judiciaire, mais d'une décision qui n'est pas passée en force de chose jugée, c'est-à-dire qui peut-être par des voies de recours ordinaires[1]. Cette interprétation exégétique trahirait la pensée des auteurs de la loi. Leur intention a été certainement de régler, dans le 2e alinéa, le sort des demandes introduites postérieurement à la loi nouvelle, et, dans le 3e, celui des demandes introduites avant cette loi, sous l'empire du décret-loi de 1939, qu'elles aient fait ou non l'objet d'une décision, du moment que cette décision, si elle existe, n'est pas passée en force de chose jugée.

Ceci dit, passons en revue les diverses hypothèses qui peuvent se présenter en pratique ; nous allons voir que l'article 6 laisse subsister quelques difficultés sur lesquelles se sont greffées des divergences d'interprétation.

1° *Demandes introduites après la loi du 2 avril* 1941 : elles obéissent à l'alinéa 2, elles sont soumises aux conditions et au délai de l'article 310, alinéa 1er nouveau. Une difficulté est a résoudre : quand peut-on dire qu'une demande de conversion est introduite, quel est l'acte de procédure qui l'introduit ? Anticipant sur les questions de procédure, nous pensons que la demande est introduite, que le lien juridique d'instance est créé entre les parties quand l'assignation, suivant l'ordonnance du président, a été signifiée par l'époux demandeur au défendeur.

2° *Décision de conversion passées en force de chose jugée avant la loi du 2 avril* : elles échappent à l'application de la loi nouvelle, indiscutablement.

Il semble même assez oiseux d'étudier cette hypothèse, et, si nous le faisons, c'est parce que la question a été posée à la Cour de cassation. Elle a été saisie en effet d'un pourvoi

1. Sur les distinctions entre : autorité de chose jugée, force de chose jugée, jugement difinitif, voir Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 502.

contre un arrêt contradictoirement rendu entre deux époux avant la loi du 2 avril, et qui, en conformité avec le décret-loi du 29 novembre 1939, avait converti en divorce une séparation de corps datant de moins de trois ans. Or, un arrêt contradictoirement rendu a force de chose jugée ; les termes de l'article 6, alinéa 3, écartaient donc formellement la possibilité du pourvoi. Les principes généraux commandaient aussi cette solution : la Cour de cassation, juge de la légalité des décisions qui lui sont soumises, ne peut contrôler cette légalité qu'en conformité avec les lois en vigueur au jour où elles ont été rendues, car on ne saurait faire grief à un juge d'avoir méconnu une loi qui n'existait pas encore au jour où il a rendu sa sentence, à moins que la loi nouvelle fut interprétative, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. On ne pouvait donc pas casser un arrêt contradictoire conforme au décret-loi du 29 novembre 1939, sous l'empire duquel il était intervenu.

Aussi la Chambre des Requêtes a-t-elle rejeté le pourvoi par un arrêt en date du 2 mars 1942[1].

3° *Demandes en conversion introduites en vertu du décret-loi de* 1939. *avant la loi du* 2 *avril* 1941, *et qui n'ont pas encore fait, lors de la promulgation de cette loi, l'objet d'une décision passée en force de chose jugée*[2].

Nous avons éliminé les hypothèses extrêmes, dont la solution apparaît nette, et nous voici à l'hypothèse intermédiaire, dont la solution peut faire difficulté.

Le sort de ces demandes est réglé, nous l'avons dit, par l'alinéa 3 de l'article 6 : « Il ne sera statué... qu'à l'expiration du susdit délai » (c'est-à-dire du délai nouveau de l'article 310) Donc les procédures accomplies avant la loi du 2 avril restent valables, l'instance n'est pas annulée, elle est seulement suspendue, et elle reprendra son cours lorsque la séparation de corps aura duré trois ans[3].

1. D. analytique, 1942, Somm. de jurispr., p. 6 ; — cité par Breton, *La loi du* 2 *avril* 1941 *sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence*, *Sem. jurid.*, 1942, doctr. 282, n° 2.

2. M. Breton fait justement remarquer que le jugement qui n'aura pas force de chose jugée à la date du 2 avril 1941 pourrait échapper à l'alinéa 3 de l'art. 6 qui déclare qu'il ne sera statué sur ces demandes qu'à l'expiration du délai de trois ans : si, en effet, aucune des parties ne fait appel contre ce jugement, il tient état, bien qu'il ne fût pas passé en force de chose jugée au moment où la loi est entrée en vigueur (*Sem. jurid.*, 1941, Doctr. 205, n° 42).

3. Paris, 16 novembre 1942, *G. P.*, 27 décembre 1943.

Mais — ici surgit la controverse — à l'expiration de ce délai, les juges devront-ils statuer sous l'empire de la loi ancienne, ou sous l'empire de la loi nouvelle ? Plus précisément la conversion sera-t-elle toujours obligatoire, comme elle l'était avant 1941, ou sera-t-elle facultative lorsqu'elle sera demandée par l'époux contre qui la séparation de corps est intervenue, comme le décide la loi nouvelle ?

Des termes de l'article 6 lui-même, on ne peut pas déduire une solution précise, dans un sens ou dans l'autre ; il est dit seulement que le juge ne devra statuer qu'à l'expiration du délai nouveau de l'article 310, donc le silence de la loi peut être interprété dans les deux sens.

M. Vizioz pense que le juge devra statuer sous l'empire de la loi ancienne[1]. Son argumentation semble être la suivante : l'alinéa 2 de l'article 6 soumet les demandes en conversion postérieures à la loi nouvelle à la fois au délai et aux conditions de l'article 310 nouveau ; l'alinéa 3 ne parle lui que du délai, il semble donc exclure les conditions. A la base de ce raisonnement donc, un argument *a contrario* : argument facile et séduisant, mais dont il faut se méfier, surtout en une matière aussi délicate que sont toujours les mesures transitoires.

M. Carbonnier propose, lui, de s'en rapporter aux principes généraux qui d'ailleurs n'imposent pas, à première vue, une solution incontestable. « Ne pourra-t-on pas soutenir que la seule expiration du délai légal, la conversion étant alors de droit, avait fait acquérir un droit à l'époux coupable, droit qui avait encore besoin, il est vrai, d'une vérification judiciaire, mais qu'une loi nouvelle ne pouvait modifier sans être entachée de rétroactivité ? Mais, à l'opposé, n'est-il pas permis de dire que sous les apparences d'une procédure de conversion, c'est une situation juridique d'époux divorcés qui est en train de se constituer, situation en voie de formation dont les éléments peuvent être, dès lors, atteints à tout instant par une loi nouvelle. Comme c'est cette seconde conception qui a guidé le législateur dans la solution qu'il a expressément consacrée pour le délai, il paraît plus sûr, à tout prendre, de la suivre également ici. Il faut ajouter que la substitution d'un pouvoir d'appréciation judiciaire à l'automatisme de la

1. Vizioz, *op. cit.*, n° 54.

conversion peut être envisagée en soi comme une mesure procédurale intéressant l'activité du juge et dotée à ce titre, d'un effet immédiat »[1].

Le point de vue de M. Carbonnier nous semble donc étayé sur des arguments autrement solides que ne l'est un argument de texte *a contrario*. Nous pensons donc, avec lui, que, à l'expiration du délai de l'article 310 nouveau, c'est encore dans les conditions de l'article 310 nouveau que le juge doit statuer sur la demande en conversion qui n'avait pas, avant le 2 avril 1941, fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée. Ajoutons, d'ailleurs, que c'est en ce sens que s'est prononcée la seule décision que nous connaissions sur cette question, un arrêt de la Cour de Paris du 16 décembre 1942[2].

1. Carbonnier, *loc. cit.*, p. 89, 3e col.
2. *Gaz. Pal.*, 27 février 1943.

DEUXIÈME PARTIE

Procédure de la conversion

CHAPITRE PREMIER

LA PROCEDURE PROPREMENT DITE SES PARTICULARITES

Nous examinerons dans ce chapitre des questions de détail. Nous réservons respectivement à un deuxième et à un troisième chapitres l'étude de deux questions particulièrement importantes : la règle de la non-publicité, ou de la compétence de la Chambre du Conseil ; les voies de recours contre le jugement qui clôt l'instance en conversion.

I. — Le tribunal compétent

Avant d'examiner la marche de l'instance, il faut déterminer la juridiction qui doit en connaître. Ici les règles générales s'appliquent. La conversion est de la compétence d'attribution des tribunaux civils, comme toutes les affaires concernant l'état des personnes. La compétence d'attribution est déterminée aussi suivant le principe général en matière d'actions personnelles : le tribunal compétent est celui du lieu du domicile de l'époux défendeur à la conversion.

Le projet présenté à la Chambre en 1884, soumettait la demande de conversion à la compétence du tribunal qui avait prononcé la séparation de corps ; les juges qui le composaient, mieux instruits des affaires du ménage et de la situation respective des époux, apprécieraient mieux l'opportunité des mesures à prendre. La disposition fut écartée par la commission du Sénat, le rapport faisant observer, à juste titre, semble-t-il, qu'il serait bien rare que la composition du tribunal n'eût pas changé entre les instances en séparation et en conversion ; la règle aurait donc très souvent manqué son but, en pratique,

et ne serait restée que comme source de graves inconvénients pour les époux, obligés peut-être d'aller plaider au loin [1].

II. — La requête au président, doit-elle être présentée par l'époux demandeur en personne ?

L'article 310, alinéa 4, déclare que la demande de conversion « sera introduite par assignation à huit jours francs en vertu d'une ordonnance rendue par le président ». Pour que le président rende une ordonnance, il faut évidemment qu'une requête lui ait été présentée ; et cette requête constitue le premier acte de cette procédure.

La disposition peut surprendre. Le législateur, en effet, a voulu doter la conversion d'une procédure simple et rapide, et on peut s'étonner qu'elle ne débute pas par une assignation, directement. Au surplus, l'utilité de cette requête apparaît discutable, car il semble bien que le président ne pourrait pas refuser l'ordonnance permettant d'assigner. Pourquoi donc cette requête ? Peut-être le législateur a-t-il voulu maintenir une certaine concordance entre cette procédure et la procédure ordinaire du divorce ; peut-être — et cette raison paraît plus vraisemblable — a-t-il espéré que cette démarche pourra constituer une sorte de barrière morale pour le demandeur et provoquer chez lui une dernière réflexion, peut-être salutaire.

Quoiqu'il en soit, la procédure doit commencer par une requête au président du tribunal. Et la question principale soulevée par la présentation de cette requête a été de savoir si elle devait être faite par le demandeur en personne, comme c'est le cas, aux termes de l'article 234, alinéa 1er du Code civil, pour la requête introductive de l'instance en divorce, ou bien si elle pouvait, suivant le droit commun, avoir lieu par ministère d'avoué.

Sous le régime de la loi de 1884, on décidait déjà que la présentation en personne était inutile : l'article 310, disait-on, ne contient aucune référence à l'article 234 [2] ; le Code a

1. S. *Lois annotées*, 1881-1885, 1re col.
2. Avant 1886, c'était l'article 236 qui prescrivait cette présentation en personne.

bien manifesté, en les insérant dans deux chapitres distincts, sa volonté de différencier nettement la procédure ordinaire de divorce et la procédure de conversion ; on faisait remarquer aussi que la situation n'était pas la même quand un époux demandait directement le divorce, ou quand il avait commencé par la séparation de corps, qui comportait déjà une tentative de conciliation, et qui constituait au surplus, une épreuve sérieuse [1].

En 1908, lors de la discussion de la loi du 6 juin, d'où sortit la conversion obligatoire, un amendement fut déposé par M. Jeanneney, qui proposait de faire débuter la procédure de convertion directement par une assignation, ce qui entraînait donc la suppression de la requête. Le rapporteur et le Garde des Sceaux combattirent cet amendement, faisant valoir, entre autres motifs, qu'il n'était pas inutile, par la présentation de la requête, de ménager une dernière chance de réconciliation [2].

Or, pour que vraiment ce but soit atteint, ne fallait-il pas que le demandeur présentât lui-même sa requête au président, qui lui ferait toutes observations utiles.

Ce ne fut pourtant pas l'avis des auteurs [3], non plus que de la jurisprudence. La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 19 novembre 1912 [4] se prononçait contre la nécessité de la présentation en personne, et contre la possibilité de comparution des époux, devant le président, aux fins de conciliation [5]. Aux arguments invoqués avant 1908, on ajoutait que la loi nouvelle « en enlevant aux tribunaux tout pouvoir d'appréciation, a incontestablement fait tomber les très faibles chances de succès que pouvaient avoir les observations et les conseils du président, alors qu'il avait,comme juge, le droit de refuser la conversion » [6]. On tendait ainsi à prétendre que l'exclusion de cette formalité de la présentation en personne était un corollaire nécessaire de la conversion obligatoire ; le motif n'est pas absolument satisfaisant ; on pourrait même penser, au contraire

1. En ce sens, Nancy, 13 déc. 1884, D. 85.2.17 ; — *J.G.S.*, v° Divorce et Séparation de corps, n° 685.
2. S. *Lois annotées*, 1906-1910, p. 737.
3. V. par ex. Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 465, ; — Naquet, note au S. 1916.1.19.
4. D. 1914.1.278, S. 1916.1.9, note Naquet.
5. En 1908, d'ailleurs, un amendement Thézard, prévoyant la comparution en conciliation au début de l'instance en conversion, avait été écarté à la Chambre.
6. Naquet, note au S. 1916.1.9.

que cette « barrière morale » est d'autant plus utile qu'il n'y a plus de barrières juridiques, la conversion étant obligatoire.

Depuis la loi du 2 avril 1941, la question peut à nouveau se poser de savoir si le demandeur doit présenter sa requête en personne[1]. Le législateur nouveau, désireux de restreindre le divorce, semble favorable à tout ce qui peut aider à la réconciliation des époux[2]; au surplus, il paraît beaucoup moins soucieux que ses prédécesseurs de leur assurer une procédure simple et rapide, puisqu'une partie maîtresse de son œuvre est constituée par l'institution de mesures dilatoires. Pour notre part, nous l'avons déjà dit, nous sommes partisans de tout ce qui peut faciliter le rapprochement des époux.

Signalons enfin que la requête, qui ne fait l'objet d'aucune disposition explicite, doit contenir mention du jugement de séparation de corps et des prétentions incidentes du demandeur[3].

III. — Ordonnance et assignation.

A la requête du demandeur, le président répondra par une ordonnance permettant d'assigner, laquelle ordonnance, aux termes de l'article 319, alinéa 6, « nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution »[4].

L'assignation doit être donnée à huit jours francs; et le président doit donc fixer le jour de la comparution de manière qu'il y ait au moins ce délai entre l'assignation et le jour qu'il indique, et il doit tenir compte aussi des délais de distance qu'il y a lieu d'observer.

L'assignation doit être précédée de copie de l'ordonnance du président. Mais il n'est pas besoin de faire une nouvelle signification du jugement de séparation de corps, préalablement à la demande de conversion, laquelle n'a pas le carac-

1. En ce sens, Carbonnier, *loc. cit.*, p. 80, 2e col.

2. Allocution radiodiffusée du Garde des Sceaux du 13 avril 1941 : « La loi fait ensuite un devoir impérieux au juge d'épuiser tous les moyens de conciliation ».

3. Garsonnet et Céazar-Bru, *op. cit.*, p. 466.

4. L'omission de ces formalités n'entraîne pas la nullité, si, en fait, il a été constaté qu'un rapport a été fait à l'audience et qu'il y a bien eu communication au ministère public.

tère d'un acte d'exécution. Et de même, il a été jugé[1] que la demande de conversion formée quinze ans après la séparation de corps n'est pas atteinte par la péremption d'instance, car les deux instances en séparation et en conversion, si elles ont certains rapports entre elles, sont bien distinctes ; il ne s'agit pas d'une instance unique *et discontinue*.

IV. — Réponses possibles a la demande : fins de non-revevoir — demande reconventionnelle

A la demande de conversion, le défendeur peut opposer deux fins de non-recevoir : la première est celle tirée de la non expiration du délai de trois ans ; la deuxième est celle tirée de l'existence d'une réconciliation entre les époux. Cette réconciliation entraîne en effet cessation de la séparation de corps, ce qui supprime évidemment toute possibilité de conversion. Pour que la réconciliation constitue une fin de non recevoir, il faut qu'elle se manifeste par des rapports non équivoques et des relations prolongées entre les époux[2].

Plus intéressante est la question de savoir si l'époux défendeur peut intenter une demande reconventionnelle en conversion. Sous l'empire de la loi de 1884, on admettait l'affirmative[3] ; la demande reconventionnelle visait au même but que la demande principale, et elle pouvait avoir plus de chances de réussir[4]. Seulement, après 1908, quand la conversion fut devenue obligatoire, il était plus difficile d'admettre la recevabilité de cette demande reconventionnelle. Pour qu'une demande en justice soit recevable en effet, il faut que le demandeur y ait un intérêt. Or, ici il n'en avait pas. Du moment qu'un des époux sollicitait la conversion, le tribunal devait la prononcer, et, quel que soit l'époux demandeur, il devait la prononcer — nous le verrons — au profit de celui qui avait obtenu la séparation de corps et aux torts de celui contre qui elle était

1. Req., 20 juillet 1920, S. 21.1.37, D. 21.1.69 ; —
2. V. par exemple, Paris, 8 août 1893, D. 93.2.96.
3. Trib. civ. d'Orléans, 25 février 1885, D. 86.2.94 ; — Aix, 22 avril 1885, D. 86.2.84 ; — Nancy, 15 avril 1896, D. 99.2.129.
4. De plus, l'existence de ces deux demandes de conversion faisait présumer fortement l'impossibilité de réconciliation, considérée comme déterminante par la jurisprudence.

intervenue. On ne voyait donc plus quelle utilité pouvait présenter une demande reconventionnelle.

Depuis la loi nouvelle, cette utilité reparaît toutes les fois que, étant donné la qualité de l'époux qui a formé la demande principale, la conversion est facultative [1]. Ainsi donc, deux cas : si la conversion est demandée par l'époux contre qui la séparation a été prononcée, le tribunal peut la refuser, et l'époux innocent a donc intérêt à intenter une demande reconventionnelle, dont il est sûr qu'elle aboutira ; également si la conversion est demandée par l'un des époux entre lesquels est intervenu un jugement de séparation prononcé aux torts réciproques, l'autre pourra former une demande reconventionnelle, car il a peut-être plus de chances de réussir que son conjoint [2].

V. — L'instruction du procès.

La particularité essentielle de cette instruction consiste en ce qu'elle se déroule en Chambre du Conseil. Nous réservons un chapitre spécial à cette question très importante de la non publicité. Nous noterons ici les autres particularités saillantes.

a) *Formalité du rapport et communication au ministère public.*

La communication au ministère public est exigée formellement par l'alinéa 6 de l'article 310. Elle allait pourtant sans dire, parce que nous sommes ici dans une matière qui a trait à l'état des personnes, c'est-à-dire que, même en l'absence d'un texte spécial, cette communication eût été obligatoire.

Plus curieuse au contraire est la disposition qui exige la nomination d'un juge rapporteur. Ordinairement, la formalité du rapport n'est exigée en Chambre du Conseil que pour des affaires relevant de la juridiction gracieuse ; dans ces affaires, en effet, le rapport est destiné à éclairer les juges en l'absence de débats. Mais, en matière contentieuse, où un débat s'institue, où des plaidoiries ont lieu, la formalité du rapport n'est généralement pas exigée.

1. Cf. Carbonnier, *loc. cit.*, p. 80 ; Vizioz, *ip. cit.*, n° 39.

2. Il faut admettre la recevabilité d'une telle demande reconventionnelle en tout état de cause, notamment en appel (Montpellier, 4 déc. 1899, D. 91.2.53).

Au surplus, dans le cas où la conversion est obligatoire, la formalité peut sembler bien inutile ; en 1908, d'ailleurs, l'amendement Jeanneney, auquel nous avons déjà fait allusion proposait, de même que la suppression de l'ordonnance rendue sur requête, la suppression du rapport.

En admettant même, d'ailleurs, que le rapport puisse avoir quelque utilité quand la conversion est facultative, il reste néanmoins qu'il entraîne ajourd'hui une différence assez difficile à expliquer entre les procédures de divorce et de séparation de corps d'une part, et la procédure de conversion d'autre part, qui se déroulent toutes en Chambre du Conseil ; on peut se demander pourquoi la formalité du rapport exigée pour cette dernière, ne l'est pas pour les autres ?

Malgré tout, la jurisprudence a toujours considéré cette formalité comme substantielle. Est entaché de nullité le jugement ou l'arrêt qui n'a pas été rendu sur rapport. Mention expresse de son existence doit êtref aite dans ce jugement ou arrêt ; sinon, la formalité est réputée omise, et la nullité s'ensuit [1]. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 juillet 1905 [2] a cependant admis que, « si la formalité était substantielle, il n'y avait toutefois là qu'une question de procédure qui ne revêtait pas un caractère d'ordre public ; aussi les parties, majeures et maîtresses de leurs droits, ont pu valablement s'accorder pour réparer l'omission commise ».

Voilà donc une particularité assez remarquable de la procédure, qu'institue un texte formel. Pour le reste, on applique à l'instruction du procès les règles ordinaires, qui vont dicter notre solution sur les points que nous allons examiner maintenant.

b) *Les parties doivent-elles comparaître en personne à l'instanc*

L'alinéa 6 de l'article 310, que nous avons déjà cité, tel qu'il résulte de la loi du 27 juillet 1884, précise que l'ordonnance du président fixera le jour de la « comparution ». Que fallait-il entendre par comparution ? Etait-ce la comparution personnelle? On aurait pu le soutenir, en étendant à l'instance en conversion la règle de l'article 248 du Code civil, qui exi-

1. Civ., 17 avril 1889, D. 90.1.278 ; — Civ. 4 février 1918, D. 18.1.35 ; — Civ., 2 mars 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.1.683 ; — Civ., 5 déc. 1932, *Gaz. Pal.*, 1933.1.313 et D.H. 1933, 17.

2. D. 1906.1.247, S. 1910.1.178.

geait la présence personnelle des époux à tous les actes de l'instance principale en divorce. La solution contraire semblait cependant l'emporter [1].

A plus forte raison, cette comparution personnelle des époux au cours de l'instance en conversion ne saurait-elle plus être exigée depuis la loi de 1886 qui a supprimé la disposition de l'article 248, et qui a décidé, aux termes de l'article 239 du Code civil, que l'instance est instruite et jugée en *la forme ordinaire* ; or la procédure ordinaire ne comporte pas la présence personnelle à l'audience [2].

Les parties peuvent donc — et nous dirons même qu'elles doivent — se faire représenter par un officier ministériel.

c) *Possibilité pour le tribunal d'ordonner toutes mesures d'information utiles.*

Ce n'est pas parce que l'instruction doit avoir lieu en Chambre du Conseil que les parties ne peuvent pas solliciter ou le juge ordonner toutes les mesures d'information propres à manifester la vérité : enquêtes, contre-enquêtes, comparutions [3]. Dans les cas où la conversion est facultative, elles éclaireront le tribunal sur la décision qu'il doit prendre. Dans tous les cas, il pourra y recourir pour examiner les prétentions incidentes des parties et vérifier l'existence des conditions requises pour qu'il y ait lieu à conversion.

On admet généralement que les enquêtes et contre-enquêtes en matière de conversion, doivent se dérouler selon la forme ordinaire, c'est-à-dire devant un juge commis par le tribunal [4].

1. Voir Dalloz Jurispr. Gén., Supplém., v° Divorce et Séparation de corps, n° 685
2. Req., 19 nov. 1912, D. 14.1.278, S. 16.1.9, note Naquet.
3. Voir par exemple, Montpellier, 4 déc. 1889, D. 91.2.53.
4. Voir les références citées au D., *J.G.S.*, v° divorce et séparation de corps, n° 693.

CHAPITRE II

LA REGLE DE LA NON PUBLICITE OU DE LA COMPETENCE DE LA CHAMBRE DU CONSEIL

Une observation terminologique préalable s'impose : le terme de « compétence » de la Chambre du Conseil n'est peut être pas absolument satisfaisant du point de vue juridique. Il tendrait, en effet, à faire croire que la Chambre du Conseil est une juridiction distincte. Or, ce n'est pas le cas, la Chambre du Conseil n'est qu'une formation spéciale du tribunal civil siégeant sans publicité ; dire qu'une affaire sera jugée en Chambre du Conseil revient à dire que le huis clos sera obligatoire. Nous emploierons cette expression « compétence de la Chambre du Conseil » parce qu'elle est d'un usage courant, mais nous avons cru bon de poser cette remarque préliminaire pour éviter des méprises possibles.

I. — La règle de la non-publicité : ses motifs, son extension depuis 1941

L'alinéa 6 de l'article 310, disposition datant de 1884, indique que la demande de conversion sera débattue en Chambre du Conseil.

Le motif de la règle est indiqué dans le rapport au Sénat de Labiche ; elle a pour but d'éviter le renouvellement des débats irritants et scandaleux qui ont pu avoir lieu alors de l'instance en séparation de corps ; elle n'empêchera pas qu'une discussion contradictoire ait lieu, et que les parties se fassent représenter par des avoués et des avocats dans cette discussion au terme de laquelle le tribunal rendra une décision parfaitement libre et éclairée.

Bérenger critiquait cette disposition, déclarant que la publicité est la garantie des bons jugements et de l'exacte justice. Pourquoi la conversion échapperait-elle à cette publicité, alors que la séparation y était soumise ? Elle était bien pourtant d'une importance au moins égale, étant donné l'aggravation qu'elle entraînait dans la situation des époux. Malgré tout, la suite des débats ayant bien établi que la non publicité n'était aucunement préjudiciable à l'impartialité et à la rectitude des décisions judiciaires, puisqu'il y avait en Chambre du Conseil des débats et des plaidoiries, la disposition fut acceptée [1].

C'est donc dans un souci d'apaisement et de moralité, pour que ne soient pas à nouveau étalés aux yeux du public les démêlés intimes des familles, que le législateur de 1884 avait soustrait la procédure de conversion au grand principe de la publicité de la justice. Cela semble bien résulter du rapport auquel nous faisions allusion au début de ce paragraphe. Nous ne pensons donc pas, comme M. Carbonnier, que la règle ressortit uniquement à la technique procédurale et soit destinée à simplifier et à accélérer la procédure [2].

Et c'est par ce même désir de sauvegarder la dignité des personnes et l'honneur des familles, de cacher à la curiosité malsaine et souvent maligne du public les tares et les misères familiales, que s'explique l'extension de la règle de la non publicité à toutes les affaires de divorce et de séparation de corps [3], extension réalisée par la loi du 2 avril 1941, modifiant les articles 239 du Code civil et 879 du Code de procédure civile. La règle de la non publicité prend, de ce chef, une place très importante dans le droit des personnes.

II. — Sanction de la règle de la non-publicité.

La question de la sanction se rattache étroitement, nous le verrons, à celle des motifs de la règle. Quand on parle de la sanction de la non publicité, on veut dire par là quelle sera la valeur d'un arrêt ou d'un jugement rendu au terme d'une

1. Voir S. *Lois annotées*, 1881-1885, p. 668.
2. Carbonnier, *loc. cit.*, p. 72, 3e col.
3. Cf. Vizioz, *op. cit.*, p. 31.

instruction qui, au lieu de se dérouler en Chambre du Conseil, s'est déroulée en audience publique.

La Cour de cassation, en particulier dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 novembre 1912[1], déclare nul ce jugement ou arrêt[2]. La nullité n'est point prononcée pour cause d'incompétence — nous savons que la Chambre du Conseil n'est pas une juridiction dictincte, mais une formation spéciale du tribunal civil— mais pour vice de forme ; la jurisprudence considère la règle de la non publicité comme une formalité substantielle dont l'omission, même en l'absence d'un texte formel, entraîne la nullité.

M. Naquet, dans la note publiée sous l'arrêt du 19 novembre 1912[3], critique cette jurisprudence. Selon lui, la disposition de l'article 310, alinéa 5, est édictée dans l'intérêt particulier des plaideurs eux-mêmes, qu'on veut préserver du scandale. Or, si les débats, au lieu de se dérouler en Chambre du Conseil, ont eu lieu en audience publique, le scandale à éclaté, le mal est irréparable, et il ne sert à rien de recommencer ; c'est seulement allonger inutilement le procès et augmenter les frais.

Enfin M. Naquet critique la jurisprudence qui, très généralement, dit-il, prononce la nullité lorsque les plaidoiries ont eu lieu en audience publique et la refuse si ce sont uniquement les conclusions du ministère public qui ont été développées en audience publique[4].

A l'opinion de M. Naquet se range aussi le traité de procédure de MM. Garsonnet et Cézar-Bru. Et nous trouvons aussi les mêmes critiques exposées par M. Carbonnier dans son commentaire sur la loi du 2 avril 1941.

Il nous semble, cependant, quel que soit le poids de l'opinion de ces éminents auteurs, que la solution jurisprudentielle favorable à la nullité est plus conforme à l'intention du législateur, et préférable, surtout après la loi du 2 avril 1941. Examinons les critiques adressées à cette jurisprudence par M. Naquet.

Tout d'abord, la solution jurisprudentielle indiquée au cas

1. D. 1914.1.278 ; — S. 1916.1.9, note Naquet.
2. Voir également en ce sens, Civ. 4 févr. 1918, D. 1918.1.35 ; — 5 déc. 1932, D.H. 1933.17 ou *Gaz. Pal.*, 1933.1.313.
3. Au S. 1916.1.9.
4. Arrêt de Req. 9 juillet 1879. D. 80.1.178.

où les conclusions du ministère public ont eu lieu en audience ordinaire, n'a pas le caractère de généralité que notre auteur lui attribue ; elle apparaît plus tôt assez isolée, et on pourrait difficilement prétendre, avec M. Carbonnier, qu'elle résulte d'un désir systématique de « limiter les conséquences fâcheuses d'une jurisprudence contestable ».

Venons-en à la règle de la non publicité elle-même. Evidemment, elle pouvait prêter à certaines discussions avant 1941. il n'était pas certain que tous les griefs débattus en Chambre du Conseil lors de la conversion eussent connu la publicité de l'audience pendant l'instance en séparation. Et puis on pouvait se demander pourquoi supprimer la règle de la publicité pour un divorce sur conversion et la conserver dans l'instance principale en divorce.

Il n'en restait pas moins cependant — et les termes du rapport de Labiche sont suffisamment explicites — que la non publicité n'était pas prescrite pour la protection de l'intérêt particulier des plaideurs, ni dans le dessein d'assurer une procédure de conversion simple et rapide. Cette dernière explication est, d'ailleurs, d'autant plus en défaut depuis la loi du 2 avril 1941, dont nous avons souligné à maintes reprises déjà l'esprit essentiellement dilatoire ; il apparaît plus nettement encore aujourd'hui que le législateur a obéi à des préoccupations plus élevées et plus générales et a pensé que l'opinion publique n'avait rien à gagner à l'étalage des tares ou des misères familiales.

Au surplus, ce qui montre bien l'importance attachée par le législateur de 1884 (et aussi par celui de 1941) à la règle de la non-publicité, c'est qu'il a inséré dans le Code civil cette disposition de procédure : la chose vaut d'être notée, et ce serait trahir la pensée des auteurs de la disposition que de lui attribuer une valeur secondaire et de lui refuser toute sanction. Et remarquons encore que — nous l'avons déjà signalé — l'article 310 du Code civil donne à la procédure de conversion deux grandes particularités, la formalité du rapport et l'instruction en Chambre du Conseil. Or, l'utilité de la formalité du rapport est très discutable et pourtant — nous l'avons vu — doctrine et jurisprudence s'accordent à y voir une formalité substantielle, dont l'omission entraîne la nullité. Il nous

semble *à fortiori* que les mêmes principes doivent s'appliquer à la règle de la non-publicité, beaucoup plus importante.

Reste un dernier argument : a quoi bon, dit M. Naquet, annuler la décision et recommencer le procès parce que l'instruction a eu lieu en audience publique ? Si le scandale a éclaté, le renouvellement des débats en Chambre du Conseil ne réparera rien, il sera seulement la source de complications et de frais nouveaux. L'objection n'est pas décisive, Nous nous permettrons deux observations. Tout d'abord, il n'est pas certain que le scandale ait éclaté, on n'a peut-être examiné jusque-là que des questions de forme, de procédure, non des questions de fond. Et puis, même aurait-on abordé des questions de fond, est-ce que l'un des plaideurs ne pourrait pas prétendre qu'il a été gêné du fait que les débats ont eu lieu en audience publique, et qu'il a dû, pour éviter le scandale, taire certains griefs, et renoncer à certaines révélations ?

Nous pensons donc que, déjà sous le régime de 1884, et peut-être plus encore depuis 1941, où la disposition de l'article 310, alinéa 5, s'intègre dans la compétence générale de la Chambre du Conseil en matière de divorce et de séparation de corps, la règle de la non-publicité est d'ordre public, qu'elle est établie dans l'intérêt des familles, et que son inobservation doit être sanctionnée par la nullité du jugement ou de l'arrêt qui clôt l'instruction viciée.

III. — Etendue de la compétence de la Chambre du Conseil.

Nous arrivons ici à une question particulièrement importante et qui tient une grande place dans toutes les études consacrées à la procédure de la conversion.

Le juge saisi de la demande de conversion peut être saisi en même temps de demandes accessoires, unies par un rapport étroit à la question principale, demandes partant par exemple sur la pension alimentaire ou sur la garde des enfants. Ces demandes peuvent-elles être soumises à la Chambre du Conseil en même temps que la demande de conversion, ou doivent-elles au contraire, être portées séparément devant le tribunal siégeant en audience publique ? En un mot, selon la termi-

nologie courante, sont-elles ou non de la compétence de la Chambre du Conseil ?

Nous verrons rapidement la controverse qui a existé pendant longtemps, sur ce point, et nous établirons ensuite comment la loi du 2 avril 1941 semble l'avoir résolue dans le sens de l'affirmative.

1. *Etude sommaire de l'ancienne controverse.*

Les deux thèses adverses invoquaient des arguments très forts, et réunissaient des partisans très autorisés. A l'origine se trouvait une lacune de la loi qui, d'une façon générale, est très réservée sur tout ce qui touche l'organisation et la compétence de la Chambre du Conseil.

En faveur de la négative, c'est-à-dire de l'impossibilité de soumettre les demandes accessoires à la Chambre du Conseil, on faisait valoir d'abord le caractère exceptionnel de la juridiction de la Chambre du Conseil, caractère affirmé à maintes reprises par notre jurisprudence [1]. La règle en droit français, est la publicité de la justice, elle ne peut être écartée que par un texte formel. Or l'article 310 y soustrait la demande de conversion, mais elle seule, et l'exception ne saurait être étendue aux demandes accessoires.

Cette rédaction restrictive comporte d'ailleurs, disait-on, une explication. Si la règle de la publicité est écartée pour la demande de conversion, c'est parce qu'on juge inutile, voire même dangereux, de renouveler publiquement des débats scandaleux concernant des faits qui ont été déjà soumis à la publicité. Or les demandes accessoires, concluant à la prononciation de mesures nouvelles ou à la modification de mesures antérieures, supposent des faits nouveaux, donc non soumis encore à publicité.

Un autre argument était invoqué : le refus de la jurisprudence d'attribuer compétence à la Chambre du Conseil pour connaître de la demande reconventionnelle en divorce, formée par le défendeur en conversion [2]. Pourquoi en serait-il autrement pour les autres demandes accessoires ?

1. V. par ex. Cass. 3 mai 1909, S. 1910.1.257, note Tissier ; Civ. 4 juin 1911, D. 1916.1.220.

2. Voir dans l'affaire Vilmont, Req. 13 février 1921, D. 23.1.206.

Enfin et surtout, on critiquait la solution extensive de compétence parce qu'elle permettait à l'époux défendeur, en soulevant incidents sur incidents, de retarder indéfiniment la solution de l'instance en conversion, que le législateur a voulu pourtant rapide.

A l'encontre de ces arguments, les partisans de l'extension de compétence déclaraient que la rédaction restrictive de l'article 310 n'était pas absolument décisive. La loi peut commettre des omissions — témoin l'article 1030 du Code de procédure civile—. S'il est vrai que la juridiction de la Chambre du Conseil est exceptionnelle et ne peut être admise qu'en vertu d'un texte, il ne faut pas non plus interpréter trop judaïquement le principe. Il faut savoir déceler l'intention du législateur, et étendre cette juridiction au cas « d'une évidente analogie avec un cas prévu par un pareil texte »[1]. Ne peut-on pas supposer que la raison pour laquelle le législateur a écarté la publicité de la demande en conversion vaut pour les demandes accessoires qui lui sont si étroitement liées ?

C'est d'ailleurs un grand principe de notre droit qui veut que l'accessoire suive le principal : principe établi dans l'intérêt des justiciables, pour éviter des lenteurs et des frais inutiles. Pourquoi l'écarter en une matière où le législateur a voulu tout spécialement une procédure économique et rapide ?

Et puis, si l'on veut s'en tenir à la lettre du texte, qu'on se réfère au dernier alinéa de l'article 310 qui prévoit la règle de la non publicité en appel, il y est dit que la « cause » sera débattue et jugée en Chambre du Conseil. Or la cause ce n'est pas seulement la demande en conversion. Le terme est plus large, plus compréhensif, et on peut très bien soutenir qu'il englobe les demandes accessoires.

Quant à l'argument tiré de la jurisprudence relative aux demandes reconventionnelles en divorce, il était plus faible ; autre chose est une demande accessoire, demande dérivée, greffée en quelque sorte sur la demande principale, et autre chose une demande reconventionnelle, demande directe, tendant au même but que la demande principale.

1. Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de procédure*, t. 8, 3e édit., p. 307. — Il est assez curieux de noter que, alors que le t. 7 de l'ouvrage semble favorable à la solution affirmative (p. 471), le t. 8 est nettement pour la négative (t. 8, p. 312) réservant seulement une exception pour les incidents de procédure.

En fin de compte donc, la question était embarrassante. Les travaux préparatoires de la loi de 1908 — qu'il serait trop long d'étudier ici — pouvaient être invoqués à l'appui des deux thèses. L'intention du législateur ne préjugeait nettement en faveur d'aucune ; il avait voulu, dit-on généralement, doter la conversion d'une procédure économique (ou simple), et rapide. Les deux termes créaient ici un dilemme, le souci d'économie et de simplicité poussait à la solution extensive de compétence, on n'aurait qu'une seule instance, donc moins de complications et moins de frais, le souci de rapidité au contraire conduisait à débarrasser l'instruction en Chambre du Conseil de toutes ces demandes incidentes qui retardent la solution du procès.

Nous pensons cependant que la thèse extensive de compétence était préférable, pour cette raison majeure qu'elle assurait seule le respect exact de l'intention du législateur. Comme il est dit dans le traité de procédure de MM. Garsonnet et Cézar-Bru [1] : « La Chambre du Conseil a été appelée à statuer sur la conversion pour que la publicité de l'audience ne révèle pas les scandales passés évoqués, définitivement établis et appréciés déjà lors de l'instance en séparation. *Ce résultat serait manqué si un débat public était entraîné par des questions accessoires à la conversion* » [2].

Au surplus, il semblait souhaitable, étant donné la corrélation étroite qui unit ces demandes accessoires à la question de conversion elle-même, qu'elles fussent résolues en même temps ; on pouvait critiquer en particulier ce désir manifesté par l'opinion adverse d'assurer un divorce rapide au conjoint pressé de se remarier, au détriment de l'intérêt des enfants, dont la garde serait réglée ultérieurement et séparément. Le souci de la rapidité devait, nous paraît-il, céder au souci de la simplification.

Tel n'était pas, toutefois, l'avis des décisions les plus récentes de la Cour de cassation. La jurisprudence de la Cour suprême avait oscillé [3] ; il y eut même parfois discordance entre la

1. *Op. cit.*, p. 471.
2. En ce sens également Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil franç.*, t. 2, *La famille*, par Rouast, p. 590.
3. Pour l'affirmative : Req., 7 juin 1916, D. 1916.1.257 ; — Civ., 11 févr. 1918, D. 1918.1.35 ; — Req., 6 juillet 1920, S. 21.1.110.
Pour la négative, Req., 29 juin 1915, S. 1915.1.121.

Chambre civile et la Chambre des requêtes. Et puis, finalement l'unité semblait s'être faite, les trois Chambres de la Cour de cassation [1] s'étaient successivement ralliées à la thèse qui refusait à la Chambre du Conseil le droit de connaître des demandes accessoires ; cette dernière jurisprudence paraissait mettre fin aux divergences et aux incertitudes antérieures.

2. *Solution extensive de compétence qui semble découler de la loi du 2 avril 1941.*

Nous savons que, depuis la loi du 2 avril 1941, toutes les instances de divorce et de séparation de corps échappent à la règle de la publicité. Pour les raisons que nous avons déjà établies [2], elles sont instruites maintenant en Chambre du Conseil, aux termes des articles 239 du Code civil et 879 du Code de procédure civile nouveaux [3].

Donc, d'exceptionnelle qu'elle était, la compétence de la Chambre du Conseil devient générale en matière de divorce et de séparation de corps, et de l'avis des commentateurs les plus autorisés de la loi de 1941 [4], cette extension doit entraîner l'abandon de la jurisprudence dernière de la Cour de cassation. La compétence de la Chambre du Conseil étant générale en ces matières s'applique en particulier aux demandes accessoires à la demande de conversion.

Nous sommes quelque peu surpris de voir que la nouvelle édition de 1942 du tome I^er^ du *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol, par M. Georges Ripert, en soit restée à la jurisprudence de 1936 [5], et ne fasse aucune allusion à cette modification que nous avons signalée. Est-ce simple omission, est-ce désir d'étendre cette jurisprudence restrictive à toutes les demandes accessoires que peuvent comporter des instances en divorce ou en séparation de corps ; cette dernière hypothèse

1. Req., 16 déc. 1929, S. 1930.1.55 ; — Crimin., 22 juin 1935, S. 36.1.353, note J.A. Roux, et surtout Civ., 14 déc. 1936., S. 1937.1.56 ; D.H. 1937.182 et *Gaz. Pal.*, 37.1.72.

2. V. *supra*, p. 97.

3. Cette modification était même inutile, l'art. 307 du Code civil suffisait à l'entraîner puisqu'il déclare applicables à la séparation de corps les articles 236 à 244.

4. Carbonnier, *lo. cit.*, p. 73 ; — Vizioz, *op. cit.*, p. 46, n° 38.

5. Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1^er^, nouv. édit., 1942, par Ripert et Boulanger, p. 451, n° 1272.

nous semble à peine plausible. Nous pensons qu'il y a là seulement un oubli, et que la solution ne saurait être discutée.

IV. — Publicité du jugement.

L'article 310, alinéa 7, prescrit que le jugement de conversion sera rendu en audience publique. En matière contentieuse d'ailleurs [1], la publicité du jugement s'applique toujours [2].

Aux termes de l'article 253 du Code civil, résultant de la loi du 26 mars 1924, le jugement ou arrêt qui prononce le divorce doit énoncer la date de l'ordonnance prévue aux articles 236 du Code civil et 878 du Code de procédure. Cette disposition s'étend-t-elle au jugement ou arrêt de conversion ? On pourrait en douter, la date de cette ordonnance devant être énoncée déjà dans le jugement de séparation de corps.

L'affirmative semble cependant résulter implicitement du texte de l'article 253 ; puisqu'il vise cumulativement l'ordonnance prescrite par l'article 236 du Code civil et celle prévue par l'article 878 du Code de procédure, article qui ne concerne que l'instance en séparation, il semble bien que l'article 253 s'applique au cas de divorce prononcé entre conjoints non séparés de corps et au cas de divorce sur conversion [3].

Signalons enfin que, conformément à l'article 858 du Code de procédure civile, ce jugement ou arrêt doit indiquer le lieu et la date du mariage des époux divorcés. Enfin il doit être transcrit sur les registres de l'état civil, nous retrouverons cette question de la transcription dans l'étude des effets de la conversion.

1. En matière gracieuse, il y a des exceptions : par ex., la décision refusant d'homologuer une adoption.
2. Voir par ex. Civ., 14 mai 1924, D. 1924.1.105, note L.S.
3. Voir en ce sens, observations Gaudemet : *Rev. trim.*, 1928, p. 411.

CHAPITRE III

LES VOIES DE RECOURS

I. — De l'utilité des voies de recours même quand la conversion est obligatoire.

Lorsque la conversion est facultative, on comprend très bien qu'il soit possible d'attaquer par des voies de recours le jugement qui la prononce. Cela permet de contrôler l'usage que font les tribunaux du pouvoir d'appréciation que leur confère la loi.

Mais quand la conversion est obligatoire, l'utilité et la légitimité de ces voies de recours peuvent être contestées. Elles l'avaient été sous le régime de la loi de 1908, où la conversion était toujours automatique. Et elles peuvent l'être de nos jours encore, dans les hypothèses où cet automatisme subsiste, mais cependant, nous semble-t-il, avec moins de force.

On pouvait en effet, avant 1941, tenir le raisonnement suivant : la conversion étant obligatoire quand la séparation de corps a duré trois ans, le rôle du tribunal se borne à constater l'existence de ce délai de trois ans entre le jour où le jugement de séparation est devenu définitif et le jour de la demande en conversion, et c'est tout ; cette constatation faite, la conversion est imposée par la loi. Dès lors, si l'on fait opposition ou appel, le jugement doit être maintenu ou confirmé. L'exercice des voies de recours est donc sans utilité. Il est exclusivement une manœuvre dilatoire dont useront les parties désireuses de retarder le plus longtemps possible la prononciation du divorce. Et cette manœuvre, cet allongement de procédure peut avoir aussi parfois un caractère vexatoire ; il est d'autant plus à craindre lorsque le défendeur en conversion est l'époux qui a obtenu la séparation de corps : il ne manquera pas d'exer-

cer les voies de recours, puisque c'est son conjoint qui paiera tous les frais.

Une proposition de loi — qui ne semble pas être venue en discussion — fut d'ailleurs déposée en 1921 au Sénat par M. Lemery, proposition tendant à supprimer l'opposition et l'appel contre les jugements de conversion, on n'aurait conservé que le recours en cassation, pour le cas où des questions de droit auraient été soulevées sur le point de savoir à quelle date le jugement de séparation était devenu définitif.

Cette dernière restriction montre bien déjà que l'auteur de la proposition s'était rendu compte lui-même qu'il ne fallait pas exclure toute voie de recours ! Or, à côté de ces difficultés juridiques, de ces questions de droit, pour lesquelles on aurait pu se contenter peut-être du pourvoi en cassation, pouvaient se poser des questions de fait, concernant précisément elles aussi le point de départ du délai de conversion. Le tribunal pouvait être amené par exemple à apprécier si certains faits constituaient un acquiescement tacite au jugement de séparation de corps, ou bien un désistement tacite dans l'exercice d'une voie de recours, désistement valable sans acceptation du défendeur. Au surplus, il pouvait être appelé à examiner des faits prétendus de réconciliation. Cette appréciation, cet examen de questions de fait échappaient au contrôle de la Cour de cassation, et alors pourquoi supprimer en cette matière tout recours contre les décisions de première instance ?

Ainsi donc, dès avant 1941, l'utilité des voies de recours sous un régime de conversion obligatoire était certaine. Depuis 1941, on peut encore invoquer d'autres motifs à l'appui de cette justification.

Nous avons vu que la loi nouvelle semble consacrer l'extension de la compétence de la Chambre du Conseil aux demandes accessoires à la demande de conversion. C'est dire que le jugement de conversion réglera lui-même ces questions accessoires. Or, il faut bien admettre pour les parties, sur ces questions de pension alimentaire, de garde des enfants, etc.., le bénéfice des voies de recours ; il faut donc permettre d'attaquer le jugement de conversion. A moins qu'on ne dise que l'opposition et l'appel seront recevables sur les demandes accessoires et pas sur la demande de conversion elle-même. Mais alors

à quelles complications arrive-t-on, et puis, pourquoi écarter la règle *accessorium sequitur principale* applicable en première instance, dès qu'une décision sur l'accessoire serait frappée d'opposition ou d'appel ?

Enfin, on peut faire intervenir dans le débat une dernière considération d'ordre pratique. C'est que la conversion n'est obligatoire que lorsqu'elle est demandée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps ; les voies de recours contre le jugement ne pourront alors être exercées que par l'autre, c'est-à-dire le coupable. Or c'est lui qui supporte tons les frais de ces voies de recours ; c'est une bonne raison pour penser qu'il n'en fera pas, ou tout au moins rarement, un usage abusif et inconsidéré, dans un but exclusivement dilatoire ou vexatoire.

En définitive donc, de nos jours, l'utilité de ces voies de recours quand la conversion est obligatoire ne semble guère plus discutable. Il est resté cependant, des critiques que nous venons de voir, une trace dans notre loi : c'est la possibilité de renoncer à ces voies de recours, d'acquiescer au jugement de conversion quand la conversion est obligatoire. C'est à cette question de l'acquiescement que nous en arrivons maintenant.

II. — L'acquiescement au jugement de conversion l'article 249 du Code civil ; sa modification en 1941.

L'article 249 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 2 avril 1941, est ainsi libellé : « le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps à la demande de l'époux au profit duquel la séparation de corps a été prononcée ». Suivons l'histoire de ce texte.

Le législateur de 1884 s'était contenté de poser le principe général que « le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ». Son intention, en édictant cette prohibition, a été d'instituer, même après le prononcé du divorce, un délai d'épreuve jusqu'à ce que le jugement soit devenu définitif ; il espérait que, pendant ce temps, les époux pourraient encore se réconcilier, et il ne leur était pas permis d'abréger ce délai par un acquiescement.

Seulement, on a pensé plus tard que ces considérations

étaient inopérantes quand le divorce est prononcé sur conversion ; alors en effet, il a été précédé d'au moins trois années de séparation de corps, c'est-à-dire d'une longue période d'épreuve, au terme de laquelle ne subsistent vraisemblablement que peu de chances de réconciliation.

Le caractère obligatoire de la conversion, après 1908, poussait lui aussi, et peut-être plus encore, à permettre l'acquiescement au jugement de conversion. Les discussions que nous avons relatées dans le paragraphe précédent nous ont montré que l'utilité des voies de recours contre ce jugement paraissait plus vague, plus incertaine, et, par conséquent, il semblait n'y avoir pas grand inconvénient à ce qu'on y renonçât. D'autant plus que, si les chances de réconciliation étaient généralement minces du début de l'instance en conversion, après trois années d'épreuve, l'automatisme de cette conversion rendant certaine l'issue du procès n'était guère de nature à les augmenter.

Aussi une loi du 9 décembre 1922[1] vint ajouter au premier membre de phrase de l'article 249 la restriction suivante : « à moins qu'il (le jugement ou l'arrêt) ne soit rendu sur conversion de séparation de corps ».

Cette disposition nouvelle était donc inspirée en grande partie par le caractère obligatoire de la conversion. Du moment où on ne conservait plus que partiellement ce caractère obligatoire, on ne devait plus maintenir que dans la même mesure cette exception au principe de la prohibition de l'acquiescement au divorce. Et c'est pourquoi le législateur de 1941 l'a restreinte aux cas où la conversion demeure obligatoire, c'est-à-dire au cas où elle intervient « à la demande de l'époux au profit duquel la séparation de corps a été prononcée ».

Que penser de la disposition de l'article 249 nouveau ? Au point de vue théorique, vaut-il mieux, d'une façon générale, permettre ou interdire l'acquiescement au jugement de conversion ?

M. Carbonnier examine la question dans son commentaire sur la loi du 2 avril 1941[2], auquel nous nous sommes si souvent reportés.

Nous avons vu les raisons qui avaient poussé le législateur

1. D. 1923.4.4.
2. *Loc. cit.*, p. 76.

de 1922 à permettre l'acquiescement. Une subsiste intégralement : c'est que l'épreuve de trois ans que constitue la séparation de corps a probablement bien usé les dernières chances de réconciliation, lesquelles chances étaient le principal motif de l'interdiction de l'acquiescement au divorce. L'argument aurait pu pousser à conserver telle quelle l'exception posée en 1922. Mais il faut remarquer, par contre, que le but de cette exception était d'accélérer la conversion pour permettre un remariage rapide aux époux pressés. Or, la loi de 1941 se caractérise par ceci qu'elle recherche l'allongement de la procédure et pour lui-même, indépendamment de toute idée de reconciliation ; on aurait très bien pu concevoir qu'elle supprimât la faculté laissée aux époux par l'article 249 de hâter le jour de la rupture définitive de leur mariage.

Le deuxième motif invoqué en 1922, c'était le caractère obligatoire de la conversion qui faisait que les voies de recours contre le jugement apparaissaient à beaucoup comme dilatoires, sinon vexatoires, et que le législateur n'avait pas, semble-t-il, à les encourager. Or nous avons expliqué comment, à notre avis, l'utilité des voies de recours se justifie pleinement, même quand la conversion est obligatoire, étant donné surtout les questions accessoires que le jugement de conversion peut être appelé à trancher ; on peut donc trouver anormal, même dans ce cas, de valider la renonciation aux voies de recours.

Finalement, nous serions bien près d'admettre de façon générale l'interdiction de l'acquiescement au divorce, même prononcé sur conversion.

Le système instauré par la loi de 1941 nous apparaît cependant comme « un compromis, non dépourvu de sagesse, entre la défaveur et la nécessité du divorce » ; peut-être est-il préférable à des « vues théoriques radicales ».

Quoiqu'il en soit, au point de vue pratique, la disposition ne semble pas devoir soulever de difficultés d'application. Le même critère indiquera le cas où l'acquiescement est possible qui détermine ceux où la conversion est obligatoire.

Quant à savoir ce qu'il faut entendre par acquiescement, il suffit de se reporter aux solutions admises avant 1941. En particulier, il n'y a pas lieu à distinguer entre acquiescement

exprès et tacite [1], et la solution exprimée pour l'acquiescement doit être étendue au désistement [2].

III. — L'opposition au jugement ou a l'arrêt de conversion ; l'article 247 du Code civil lui est-il applicable

L'article 247 du Code civil alinéa 2 et 3, édicte des règles spéciales concernant l'opposition en matière de divorce. Le législateur a pris des précautions particulières pour éviter que le demandeur en divorce pût imposer par surprise la rupture du mariage à son conjoint, et pour sauvegarder les droits de la partie défaillante du moins s'il y a eu *défaut faute de comparaître* [3]. La signification du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce par défaut est faite par un huissier commis par le tribunal ou la cour. Elle fait courir le délai d'opposition qui est de un mois si elle a été faite à personne ; sinon de huit mois à partir du dernier acte de publicité, lorsqu'il a fallu recourir au procédé de la publication par la voie des journaux.

Ces dispositions sont-elles applicables quand le divorce est prononcé sur conversion ?

Certains prétendent que non, et pensent que l'opposition au jugement ou à l'arrêt de conversion rendu par défaut doit être formée dans les délais de droit commun [4]. Les raisons qui ont motivé l'article 247 manqueraient ici. La surprise qu'il a pour but d'éviter n'est pas à craindre : l'époux séparé de corps doit s'attendre à une demande de conversion ; s'il veut s'y opposer, un peu de vigilance lui suffit pour que le divorce ne soit pas prononcé sans qu'il ait fait valoir ses moyens de défense [5].

L'argument n'est pas absolument persuasif. Il peut arriver, par exemple, qu'une réconciliation soit intervenue entre les époux, dissipant toute crainte. Et puis l'un d'eux, traître à

1. Caen, 19 févr. 1889, D. 91.2.104.
2. Civ., 14 mars 1938, D.H. 1938.273.
3. On sait que, depuis 1935, le défaut faute de conclure a disparu de notre procédure.
4. Les délais énoncés autrefois par les art. 157 et 158 du Code de proc. civ., se trouvent transposés depuis les décrets-lois du 30 oct. 1935, dans les art. 158 et 158 *bis*.
5. Voir en ce sens, Dalloz. Jurisp. Gén. Supplém., V° Divorce et Séparation de corps, n° 699.

sa parole, demande la conversion. L'autre qui, de bonne foi, croit que tout est arrangé, ne se méfie pas. La surprise est donc ici autant, sinon plus, à craindre que dans une instance principale en divorce, et l'époux confiant risque fort de se trouver divorcé à son insu.

Alors pourquoi lui refuser la protection de l'article 247 ? D'autant que cet article est conçu en termes généraux qui permettent très certainement cette solution [1].

Au surplus, si on l'écarte, on retombe dans les règles du droit commun, énoncées par les articles 158 et 158 bis du Code de procédure. Et l'application de ces règles, quand la signification n'a pas été faite à personne [2], est génératrice de difficultés très complexes. En effet, dans cette hypothèse, l'opposition est recevable « tant que le jugement n'a pas été exécuté au vu et au su du défaillant, ou pendant le mois qui suit la connaissance que le défaillant a eue du jugement ». Pour que l'opposition ne soit plus recevable, il faut donc que des actes d'exécution puissent avoir lieu. Cela suppose, d'une part que le défaillant a des biens susceptibles d'être saisis [3], d'autre part que le jugement contient des condamnations pécuniaires. Or il peut ne pas s'en trouver dans le jugement de conversion : en effet, ce jugement n'entraîne pas liquidation du régime matrimonial, puisque cette liquidation a été ordonnée par le jugement de séparation de corps ; au surplus, si le défendeur défaillant est l'époux innocent, le jugement ne porte pas de condamnation aux dépens, ni à une pension alimentaire. Théoriquement, l'opposition va se trouver indéfiniment recevable.

Remarquons bien que le législateur de 1935 a institué un remède à cette situation inextricable : au cas où il est impossible de donner connaissance au défaillant d'un acte d'exécution, on adressera une requête au président, qui sera répondue par une ordonnance prescrivant la publication du jugement dans

1. Voir en ce sens, Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *op. cit.*, p. 234, n° 337 ; — Fuzier-Hermann et Demogue, *Nouveau code civil annoté*, art. 310, n° 57.

2. Quand la signification a été faite à personne, le délai d'opposition de droit commun et celui de l'art. 247 sont identiques : un mois à partir de la signification.

3. En l'absence de biens à saisir l'huissier dresse un procès-verbal de carence ; ce procès-verbal n'est considéré par la jurisprudence comme un acte d'exécution que s'il a été nécessairement connu du défaillant (Req., 24 octobre 1906, D. 1907. 1.72).

un journal du dernier domicile connu du défaillant, cette insertion sera le point de départ d'un délai de un mois au bout duquel l'opposition sera irrecevable.

Il faudra donc d'abord faire état de l'impossibilité de porter aucun acte d'exécution à la connaissance du défaillant, et puis l'insertion sera faite dans un seul journal, et le délai d'opposition sera seulement de un mois. Nous trouvons plus protectrices des intérêts du défaillant et plus propres à empêcher la surprise, les dispositions de l'article 247, alinéas 2 et 3, aux termes duquel, si la signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne la publication du jugement par extraits dans plusieurs journaux, et le délai d'opposition est de *huit mois* à partir du dernier acte de publicité.

Nous pensons donc que cet article 247, alinéas 2 et 3, doit être appliqué en matière de divorce prononcé sur conversion. La question que nous venons de discuter ne semble d'ailleurs pas s'être beaucoup posée dans la pratique.

IV. — L'APPEL DU JUGEMENT DE CONVERSION

1. *Symétrie des procédures de première instance et d'appel.*

La particularité essentielle de la procédure en appel est indiquée par le dernier alinéa de l'article 310 : « la cause en appel sera débattue et jugée en Chambre du Conseil, sur rapport, le ministère public entendu. L'arrêt sera rendu en audience publique ».

Ce texte crée donc une concordance exacte entre la procédure de première instance et la procédure d'appel : les deux se déroulent en Chambre du Conseil ; dans les deux, la formalité du rapport et la communication au ministère public sont exigées ; enfin jugement et arrêt sont tous les deux rendus en audience publique[1].

Remarquons au passage que cette sorte de principe de symétrie suivant lequel, quand la procédure en Chambre du

1. Il semblerait y avoir contradiction entre le dernier membre de phrase de cet alinéa et le premier qui dit que « la cause sera débattue *et jugée* en Chambre du conseil » ; mais en fait, il apparaît bien que le mot « jugée » n'est que le synonyme impropre et redondant de débattue.

Conseil est prescrite pour les débats en première instance, elle doit être également suivie en appel, est admis assez volontiers par notre jurisprudence[1]. Deux raisons principales le justifient en l'absence d'un texte formel : c'est que, tout d'abord, les motifs pour lesquels on a écarté la publicité en première instance se retrouvent en appel, et doivent dicter la même solution ; c'est ensuite que, aux termes de l'article 470 du Code de procédure civile, « les règles établies pour les tribunaux civils de première instance seront observées devant les Cours d'appel ».

Ce principe de symétrie n'est cependant pas admis sans conteste. La jurisprudence de la Cour de Cassation a varié, et, si nous avons pu citer des arrêts qui lui sont favorables, il en est d'autres au contraire qui le repoussent[2]. Le motif qu'ils allèguent, c'est que la juridiction de la Chambre du Conseil en matière contentieuse est exceptionnelle, et que, si le législateur ne l'impose qu'en première instance, elle ne peut être étendue aux causes d'appel[3].

Il n'était donc pas inutile que le législateur de la conversion s'exprimât formellement sur ce point. Nous retrouvons d'ailleurs la même précaution prise par celui de 1941 : après avoir déclaré dans l'article 239 que la procédure de divorce en première instance se déroulerait en Chambre du Conseil, il étend la règle aux causes d'appel dans l'article 248, alinéa 3.

2. *Applicabilité à l'appel du jugement de conversion de l'article* 248 *du Code civil.*

Et, précisément, il est intéressant de signaler la modification qu'a subie, depuis la loi nouvelle, cet article 248, alinéa 3. Il déclarait autrefois que « en cas d'appel, la cause devait s'instruire en audience ordinaire[4] et comme affaire urgente ». Cette dernière prescription n'était d'ailleurs pas une injonction adressée au juge d'appel de procéder par voie d'urgence,

1. Civ., 18 janvier 1899, D. 99.1.134 ; — 26 oct. 1921, D. 21.1.152 ; — 14 mai 1924, D. 24.1.105.

2. Civ., 4 juin 1911, D. 1916.1.220 — Req., 26 janv. 1938, S. 1938.1.305.

3. En ce sens, Garsonnet et Cézar-Bru : *Traité de procédure civile et commerciale*, t. 8, p. 307.

4. On s'était demandé autrefois si ces appels devaient être jugés en audience ordinaire ou solennelle. La solution que devait consacrer la loi de 1886 avait été déjà admise par la Cour de cassation (Civ., 12 août 1885, S. 1886.1.193).

en recourant à la procédure sommaire[1], mais seulement une recommandation d'agir avec plus de célérité que de coutume ; elle était certainement applicable en matière de conversion, étant donné la rapidité dont le législateur a voulu doter la procédure de l'article 310. Or elle a disparu de la rédaction nouvelle, de l'articoe 248, alinéa 3.

Les premier, deuxième, quatrième et cinquième alinéas de cet article 248 s'appliquent aussi au divorce prononcé sur conversion ; ils ne sont du reste que l'expression du droit commun.

Au contraire, plus délicate et spéciale apparaît la disposition du sixième et dernier alinéa de l'article 248, résultant de la loi du 6 février 1893, d'après laquelle « le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps ».

V. — Difficultés relatives a l'effet suspensif du pourvoi.

L'article 248, alinéa 6 est conçu en termes généraux. On pouvait alors se demander s'il ne s'étendait pas, non seulement à l'arrêt qui prononce le divorce, mais aussi à tous les arrêts qui peuvent être rendus au cours d'une procédure de divorce. La difficulté n'est donc pas spéciale à notre sujet ; elle relève de l'étude générale des voies de recours en matière de divorce. Mais elle nous semble intéresser tout spécialement les plaideurs en conversion, parce que l'extension de l'effet suspensif du pourvoi affecte la rapidité de la procédure, or la rapidité est — ou plus exactement peut-être, était — une des qualités essentielles de la procédure de conversion.

Nous nous contenterons de rappeler ici les solutions admises, non sans peine, par la jurisprudence ; elles valent en matière de conversion. La Cour de cassation, se basant sur les termes généraux de l'article 248, alinéa 8, étend l'effet suspensif du pourvoi « à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce »[2]. Cette extension cependant ne concerne que les arrêts avant faire droit et

1. Voir Req., 20 juillet 1920, S. 21.1.37 et D. 21.1.69.
2. Civ. 23 nov. 1891, S. 92.1.18 (rapport de M. le Conseiller Ruben de Couder).

notamment l'arrêt interlocutoire ordonnant une enquête[1]. il y aurait en effet gros inconvénient à prononcer le divorce, si l'interlocutoire qui lui sert de base était cassé ultérieurement[2]. Elle ne concerne pas au contraire les arrêts simplement provisoire ; ceux-ci n'ont aucune influence sur la solution définitive du procès, et, si l'exécution des mesures qu'ils prescrivent pouvait être suspendue, elles manqueraient leur effet[3].

Enfin, la Cour de cassation, si elle a étendu l'effet suspensif au délai de pourvoi contre un arrêt prononçant le divorce a refusé de l'étendre au délai de pourvoi contre les arrêts interlocutoires[4].

1. Même arrêt.
2. Dijon, 30 déc. 1886, S. 87.2.154.
3. Civ., 13 déc. 1899, S. 1900.1.353, note Ferron ; — Req., 7 juillet 1921, S. 22.1.8.
4. Civ., 25 juillet 1893, S. 94.1.89.

TROISIÈME PARTIE

Effets de la conversion

Effets de la conversion

La loi du 2 avril 1941, si elle a, comme nous l'avons montré au cours de notre étude, apporté des modifications importantes aux conditions de fond et à la procédure de la conversion, n'a pas au contraire touché à ses effets. Nous ne la retrouverons, dans l'étude de ces effets, qu'à propos de deux points de détail : modification légère dans la répartition des dépens ; application, en matière de conversion, de l'article 301, alinéa 2, texte permettant à l'époux qui a obtenu le divorce de demander à son conjoint des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage.

Mais cependant, nous allons voir, dès le début de notre premier chapitre, comment le rétablissement partiel de la conversion facultative semble accentuer encore le caractère anormal que présente l'effet essentiel de la conversion, effet qui consiste dans la substitution au jugement de séparation de corps d'un jugement de divorce lui correspondant exactement.

CHAPITRE PREMIER

EFFET ESSENTIEL DE LA CONVERSION SUBSTITUTION DU DIVORCE A LA SEPARATION DE CORPS

I. — Conditionnement du divorce par la séparation de corps : critique.

Comme le mot l'indique, le jugement de conversion convertit, transforme le statut juridique d'époux séparés de corps en celui d'époux divorcés. Mais le jugement de séparation de corps subsiste, à certains égards, sous le jugement de conversion. Il le conditionne, et le jugement de conversion sera, en quelque sorte, calqué sur lui, en ce sens que le divorce sera nécessairement prononcé, ou censé prononcé, au profit de l'époux qui a obtenu la séparation de corps, et aux torts de celui contre qui elle est intervenue ; et que, si les époux ont été séparés à leurs torts réciproques, le divorce sur conversion ne peut pas être prononcé au profit d'un seul.

Si l'époux contre qui la séparation de corps est intervenue a des griefs à faire valoir, il ne peut pas les soumettre au juge de la conversion, il peut seulement en faire la base d'une demande principale en divorce. Car, si le juge de la conversion tenait compte de ces faits nouveaux, pour modifier les torts respectifs des époux tels qu'ils ont été établis par le jugement de séparation de corps, il rendrait un jugement de revision. Or, conversion et revision sont deux choses totalement différentes.

Ces solutions — parfois contestées au temps où la conversion était facultative — sont certaines. On a beau dire que l'époux innocent peut obtenir ainsi un jugement en sa faveur, sans avoir rien demandé, que le coupable peut, se prévalant de sa propre faute, se défaire de ses attaches conjugales. Ces criti-

ques vont au principe de conversion lui-même. Mais du moment que notre droit admet ce principe, les conséquences que nous venons d'en tirer ne sauraient être discutées.

Elles n'en font pas moins ressortir une des anomalies principales de la conversion. Substituer à un jugement de séparation de corps, qui date de trois ans au moins, un jugement de divorce lui correspondant exactement, c'est en effet oublier l'existence de cette période intercalaire. Or, pendant cette période, les époux avaient encore des devoirs l'un envers l'autre, et le bénéficiaire du jugement de séparation, en particulier, a pu y manquer. Il s'est donc produit des faits nouveaux susceptibles de modifier les torts respectifs des époux Et l'on pourrait s'attendre à ce que le jugement de divorce intervenant entre eux, règle leur condition suivant leur situation respective telle qu'elle se présente au jour où il est prononcé et non pas telle qu'elle se présentait plusieurs années avant. Evidemment, on dira que, si l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée, a des griefs contre son conjoint, il peut former une demande principale en divorce, mais le remède n'est pas très satisfaisant, et nous savons même qu'il engendre bien des difficultés.

Autant donc, nous comprendrions entre époux séparés de corps, au bout d'un certain délai, la possibilité d'un jugement de revision, autant nous trouvons critiquable cette espèce de divorce décalé de trois ans et plus.

L'anomalie, d'ailleurs, semble encore plus accentuée depuis le rétablissement partiel de la conversion facultative. Dans les cas où il possède un pouvoir d'appréciation, le tribunal en puisera les éléments dans l'examen de la situation respective des époux au moment de la conversion. Il sera donc amené souvent à connaître de faits qui se sont situés dans la période intercalaire, et ces faits pourront influer sur sa décision. Or, n'y a-t-il pas, sinon quelque contradiction, du moins quelqu'étrangeté à prendre ces faits en considération dans les motifs du jugement et à n'en tenir aucun compte dans son dispositif et dans ses effets ?

Mais nous reparlerons de tout cela. Pour l'instant, il nous faut rester sur le plan du droit positif et dégager les conséquences de cette substitution du divorce à la séparation de corps qu'opère le jugement de conversion.

II. — Conséquences de la substitution du divorce a la séparation de corps.

Ces conséquences dérivent du fait que la conversion entraîne dissolution du mariage. Il en est une cependant, la perte du droit de jouissance légale, qui constitue une déchéance spéciale résultant de la conversion à l'encontre de l'époux aux torts duquel est intervenue la séparation de corps.

1. *Effets quant aux personnes.*

La séparation de corps avait seulement relâché le lien conjugal, le divorce le rompt complètement. Par conséquent, les droits et devoirs entre époux que laissait subsister la séparation disparaissent.

Les droits tout d'abord : l'époux qui avait obtenu la séparation de corps avait conservé le droit de succéder en usufruit ou en pleine propriété à son conjoint, également le droit de jouissance légale du conjoint survivant sur les œuvres littéraires ou artistiques du prédécédé (loi du 14 juillet 1866)[1]. Il perd ces droits ; il perd également, par la conversion, la faculté que le jugement de séparation de corps avait pu laisser à la femme de porter le nom de son mari, ou au mari d'adjoindre à son nom celui de sa femme (art. 311 du Code civil).

En ce qui concerne les devoirs entre époux, la conversion met fin aux devoirs de secours et de fidélité qui existaient encore pendant la séparation de corps. Le devoir d'assistance, lui, avait déjà cessé avec le jugement de séparation, puisqu'il implique la cohabitation.

Enfin, la conversion entraînant la dissolution du mariage, les époux reprennent leur liberté et pourront contracter une nouvelle union. La femme en particulier peut se remarier immédiatement : la séparation de corps durant depuis au moins trois ans, le délai de viduité qui prend son point de départ au jour où cesse la cohabitation, est certainement écoulé. C'est le motif de la disposition spéciale de l'article 297, résul-

1. Par contre, la femme séparée de corps ou divorcée à son profit conserve le droit de la veuve sur la pension de son mari (art. 26 de la loi du 14 avril 1924, D. 1925.4.11).

tant de la loi du 13 juillet 1907 : « Lorsque le jugement de séparation de corps aura été converti en jugement de divorce, conformément à l'article 310 du Code civil, la femme divorcée pourra contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription de la décision de conversion ».

2. *Effets quant aux biens.*

Si les époux étaient mariés sous un régime communautaire, la séparation de corps a amené une dissolution du régime matrimonial ; aux termes de l'article 311, alinéa 2, « la séparation de corps emporte toujours séparation de biens ». La conversion oblige donc à la liquidation de cette séparation de biens. Dès lors, remarquons-le, il n'est pas question d'appliquer le dernier alinéa de l'article 252 qui fait rétroagir les effets du divorce, en ce qui regarde les biens, entre époux, au jour de la demande ; ce texte, en effet, est inspiré par le souci de protéger la femme, pendant l'instance en divorce, contre certains actes que le mari, en vertu de ses pouvoirs très étendus, pourrait se permettre sur le patrimoine commun.

3. *Effets quant aux enfants.*

Le jugement de séparation de corps a déjà réglé la question de la garde des enfants. Normalement il l'a confiée à l'époux qui a obtenu cette séparation, ou, s'il y a lieu pour le plus grand avantage de ces enfants, dit l'article 302, à l'époux coupable ou à de tierces personnes. Le tribunal a toute liberté à ce sujet [1].

La conversion, modifiant profondément la condition des époux, peut entraîner la nécessité de reviser le droit de garde. Une demande peut, à cet effet, être formée par l'un des époux ; elle constitue une de ces demandes accessoires, pour lesquelles nous avons admis la compétence du juge de la conversion.

Il peut donc arriver que le droit de garde, réglé par le tribunal qui a prononcé la séparation de corps, soit modifié par celui qui accorde la conversion. Supposons que, postérieurement à la conversion, il y ait lieu à reviser ce droit,

1. Civ., 15 déc. 1896, D. 97.1.420.
2. Voir en particulier Aix, 25 mars 1912, D. 1914.2.76.

essentiellement sujet à modification. Cette revision est-elle de la compétence du premier ou du deuxième tribunal ? Nous pensons que c'est au tribunal de la conversion à en connaître. Il s'agit en effet de difficultés et de modifications relatives à l'exécution d'une décision émanant de lui, par conséquent, elles relèvent de sa compétence (art. 472 Code de procédure civile). Au surplus, il possède en quelque sorte mieux que le tribunal de la séparation les éléments de l'affaire puisqu'il les a connus plus récemment.

4. *Déchéances résultant de la conversion.*

Il n'en est qu'une qui résulte spécialement de la conversion : c'est la perte du droit de jouissance légale sur les biens des enfants mineurs. L'article 386 prive de cette jouissance l'époux contre qui le divorce a été prononcé. Or, contrairement à ce qu'on décide — nous le verrons — pour les autres déchéances résultant du divorce, celle-ci n'est pas étendue à la séparation. Et ce n'est que lorsque la séparation sera convertie en divorce à son encontre que l'époux coupable sera déchu de ce droit.

C'est la seule déchéance résultant de la conversion.

En effet, la perte des droits successoraux, des droits d'auteur, etc... qui, lors du jugement de séparation de corps, apparaissait comme une sanction contre le coupable, deviennent, après la conversion, des conséquences normales de la dissolution du mariage.

Quant aux déchéances concernant les avantages matrimoniaux, elles ne sont aucunement aggravées par la conversion ; elles résultent déjà toutes du jugement de séparation de corps. En effet, l'article 1518 du Code civil édicte la déchéance du préciput et autres droits de survie contre l'époux séparé ou divorcé à ses torts. L'article 299, qui prononce contre l'époux divorcé à ses torts la déchéance des avantages matrimoniaux que son conjoint lui a consentis, soit par contrat de mariage, soit après le mariage, a été étendu par un arrêt célèbre des Chambres réunies de la Cour de cassation, rendu le 23 mai 1845 à l'époux contre qui existe un jugement de séparation de corps. Donc, aucune modification n'est apportée à ces déchéances par la conversion.

5. *Transcription de la décision de conversion.*

Comme tout jugement ou arrêt prononçant le divorce, le jugement ou arrêt de conversion doit être transcrit sur les registres de l'état civil. Cette transcription est effectuée suivant les règles des articles 251 et 252 ; il suffit de se rappeler qu'est censé avoir obtenu le divorce l'époux qui avait obtenu la séparation de corps. Suivant l'article 252 *in fine*, le jugement de conversion ne produira effet, relativement aux biens, à l'égard des tiers, que du jour de la transcription.

Toutes ces conséquences ne soulèvent donc pas de difficultés vraiment sérieuses ; la transposition des règles de droit commun du divorce s'effectue normalement. Mais il est au contraire deux questions particulièrement délicates, à tel point que l'article 310, muet sur toutes celles que nous venons d'étudier, leur a consacré un alinéa spécial ; ce sont la question des dépens de l'instance en conversion et la question de la pension alimentaire. La réglementation légale est, d'ailleurs, plutôt médiocre, et il nous faut étudier plus en détail ces questions.

CHAPITRE II

LES DÉPENS

I. — Origine des difficultés relatives a la répartition des dépens.

Bien que la justice soit gratuite en France, tout procès entraîne des frais, parfois considérables, et dans toute procédure se pose la question de la répartition des dépens entre les plaideurs. Et deux textes du Code de procédure civile règlent cette répartition : ce sont les articles 130 et 131. L'article 130 pose le principe que « toute partie qui succombera sera condamné aux dépens ». Quant à l'article 131, il reconnaît aux tribunaux le droit de compenser les dépens en tout ou en partie entre conjoints, ascendants, descendants, frères et sœurs et alliés au même degré ; également quand les parties succombent respectivement sur quelques chefs.

La loi ne dit pas quel est le fondement de cette condamnation aux dépens : est-ce une peine contre le plaideur téméraire, résulte-t-elle d'un quasi contrat, ou est-ce une application de l'article 1382 ? La jurisprudence semble généralement préférer la première solution ; elle ne tient d'ailleurs à cette explication théorique que parce qu'elle y trouve le fondement d'un pouvoir discrétionnaire, dans la répartition des dépens, qui échapperait au contrôle de la Cour de cassation. En vertu de ce pouvoir, elle introduit dans cette répartition une idée de faute commise par le demandeur ou le défendeur. C'est ainsi, par exemple, qu'elle met les dépens à la charge du demandeur, même s'il triomphe, quand le procès a été fait dans son intérêt exclusif, ou bien quand, tout en usant de son droit, il n'a pas été de bonne foi en exerçant son action.

Essayons d'appliquer ces principes aux dépens de l'instance

en conversion. Pour déterminer quel époux les paiera, il faut savoir quel est celui qui a succombé. En règle générale, succombe le demandeur qui voit sa demande repoussée, ou le défendeur qui voit prononcer les condamnations sollicitées contre lui.

Seulement, en matière de conversion, il faut tenir compte du fait que, si l'instance en conversion est distincte de l'instance en séparation de corps, elle se rattache cependant très étroitement à elle, puisque le divorce sur conversion est prononcé au profit de l'époux qui a obtenu la séparation de corps et aux torts de celui contre qui elle est intervenue. Si bien que l'époux coupable, qui demande et obtient la conversion, ne triomphe en réalité que pour être condamné, et que, au contraire, l'époux innocent défendeur, semble succomber dans l'instance en conversion, alors qu'en définitive, il obtient gain de cause.

Au surplus, à qui profite la conversion ? Est-elle dans l'intérêt exclusif du demandeur ? Et puis le demandeur n'agit-il pas de mauvaise foi, même si c'est l'époux innocent ? N'agit-il pas au mépris de tous les efforts tentés par l'autre en vue de la réconciliation ? Ne demande-t-il pas la conversion dans le but de priver son conjoint de droits successoraux ou du droit de jouissance légale ?

Ces questions sont, on le voit, très complexes.

II. — Solutions antérieures a 1908.

Cependant, avant 1908, la jurisprudence était assez uniforme. Elle condamnait assez généralement aux dépens l'époux, même gagnant en conversion, contre qui avait été prononcée la séparation de corps[1]. N'était-il pas, en effet, le premier fautif des perturbations apportées à la paix du ménage Et si son conjoint avait montré de la bonne volonté en ne demandant que la séparation de corps, fallait-il lui faire grief de son choix, et, comme récompense à sa générosité, lui infliger le paiement des frais de conversion ? S'il avait demandé

1. Civ., 13 août 1885, S. 86.1.193 ; — voir aussi les références citées au *Nouv. Code civil annoté* de Fuzier-Hermann et Demogue, art. 310 n° 85, 86, 87.

directement le divorce, son conjoint coupable aurait bien tout payé.

La Chambre civile de la Cour de cassation rendit toutefois, le 24 juillet 1901 [1], un arrêt qui décidait que, « lorsqu'un litige sérieux s'était engagé entre les parties sur le point de savoir s'il y avait lieu de convertir en divorce sur la demande du mari une séparation de corps prononcée au profit de la femme, et que, dans ce litige, la femme avait finalement succombé », la Cour d'appel avait pu, sans violer l'article 130 du Code de procédure civile, condamner la femme aux dépens.

Cet arrêt parut quelque peu dissident. Il était pourtant conforme à la jurisprudence générale en matière de dépens ; c'était une application du pouvoir discrétionnaire dont les tribunaux se croient investis en la matière. D'ailleurs, il pouvait paraître bon, étant donné la complexité de ces questions que nous avons signalée, que la jurisprudence pût répartir les dépens suivant les circonstances particulières à chaque affaire.

III. — Solution légale en 1908

Tel ne fut pas cependant l'avis des législateurs de 1908. Ils résolurent la question d'une façon rigide, mathématique en quelque sorte. Un alinéa fut inséré dans l'article 310, établissant que « les dépens relatifs à cette demande seront mis pour le tout à la charge de celui des époux, même demandeur, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, et pour moitié à la charge de chacun des époux si la séparation a été prononcée contre eux à leurs torts réciproques ».

Comment justifier cette règle particulière, dérogatoire au droit commun des articles 130 et 131 du Code de procédure civile ?

Reportons-nous aux travaux préparatoires de la loi de 1908. M. Viollette, rapporteur à la Chambre, nous explique la raison de cette disposition : « Quant aux dépens, puisque nous faisons de la conversion un droit irrévocable, puisque nous décidons que le jugement de séparation de corps vaudra comme

1. D. 1904.1.452, S. 1902.1.84.

jugement de divorce, il est légitime que ce soit la partie contre laquelle a été prononcé le jugement de séparation, aujourd'hui devenu jugement de divorce, qui y soit condamnée »[1], Ce serait donc une conséquence du caractère obligatoire de la conversion. Elle ne paraît pas s'imposer, il y a là deux questions bien distinctes.

Mais continuons la lecture de cette déclaration. Et nous découvrons qu'en réalité, le véritable motif de cette règle mathématique, ç'a été le désir d'éviter tout débat sur cette question, afin d'assurer une procédure simple et rapide au demandeur en conversion. Laisser aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans la répartition des dépens, c'eût été leur permettre de reviser les torts respectifs des époux ; or ils ne devaient plus avoir, sur ces questions de fond, aucun pouvoir d'appréciation.

Remarquons que si, vraiment, on voulait éviter tout débat, si on voulait faire de l'instance en conversion un simple prolongement à peine distinct de l'instance en séparation, il eût été préférable, à notre avis, de décider que les frais de l'instance en conversion seraient mis à la charge de chacun des époux en proportion de la part que chacun avait payée des dépens de l'instance en séparation de corps.

IV. — La loi de 1941 entraine-t-elle quelques modifications en matière de dépens ?

Le texte de l'alinéa 2 n'a subi aucune retouche en 1941. N'y a-t-il cependant rien de changé ?

Il semble que si. La suppression partielle de l'automatisme de la conversion entraîne de légères modifications. L'article 310 alinéa 2, suppose, pour s'appliquer, que la demande de conversion a été admise. Or, depuis 1941, cette demande peut, dans certains cas, être repoussée, et alors il faut revenir au droit commun de l'article 130 du Code de procédure.

Supposons tout d'abord que la séparation de corps ait été prononcée aux torts exclusifs d'un des époux. Dans ce cas, rien n'est changé ; l'époux séparé à ses torts paiera toujours les

1. S. *Lois annotées*, 1905.1910, p. 737, 3e col.

frais de l'instance en conversion. En effet, ou bien la conversion a été accordée sur la demande de son conjoint ou sur sa demande propre, et les dépens lui incombent en vertu de l'article 310 du Code civil ; ou bien la demande de conversion qu'il a formée a été repoussée, et il en supporte les dépens, conformément au droit commun de l'article 130 du Code de procédure civile.

Mais, prenons maintenant l'hypothèse d'une séparation prononcée aux torts réciproques. L'article 310 prévoit, dans ce cas, que les frais de l'instance en conversion seront partagés par moitié entre les époux. Mais les demandes de conversion formées par des époux séparés à leurs torts réciproques peuvent être repoussées. Il faut donc combiner les dispositions de l'article 310 et celles de l'article 130.

Les situations suivantes peuvent se présenter. Un seul des époux demande la conversion, et il échoue ; il supporte tous les frais. Les deux époux la demandent ; un seul réussit, l'autre est débouté ; ce dernier supporte tous les dépens. Le partage par moitié ne s'effectue donc que si aucune demande n'a été repoussée, soit que deux demandes (principales et reconventionnelle) aient été formées par les époux et accueillies, soit qu'une seule demande ait été formée et accueillie [1].

V. — Difficultés d'application de l'article 310, alinéa 2.

Quand on a précisé qui paierait les dépens relatifs à la demande de conversion, on n'a pas pour autant vaincu toutes les difficultés. Il reste à savoir en effet, ce qu'on entend par « dépens relatifs à cette demande ». L'instance en conversion peut comporter des complications ; des incidents peuvent être soulevés, des voies de recours peuvent être exercées. Et, pour ces frais éventuels la répartiton obéira-t-elle aux règles particulières de l'article 310, alinéa 2, ou aux règles générales de l'article 130 Code de procédure civile ?

1. Carbonnier, *loc. cit.*, p. 80, 3° col. ; pour cette dernière hypothèse consulter : Trib. civ. de Chambéry, 3 févr. 1943, *Sem. jurid.*, 28 févr., *Gaz. Pal.*, 10 avril 1943.

1. *Dépens relatifs aux incidents.*

Des demandes incidentes peuvent se greffer sur la demande principale en conversion. Elles peuvent concerner des questions accessoires (pension alimentaire, garde des enfants, etc...) ou des questions de fond (par exemple, incident soulevé par le défendeur qui prétend qu'il y a eu réconciliation). Qui en supportera les dépens ?

La question fut envisagée lors de la discussion de la loi de 1908. Le rapporteur à la Chambre déclara : « s'il est soulevé des incidents, les tribunaux pourront bien, suivant le droit commun, condamner aux dépens de l'incident la partie qui l'aura soulevé à tort ; mais, quant aux dépens de la demande en conversion proprement dite, ils seront toujours à la charge de la partie contre laquelle la séparation de corps, et, par suite, le divorce, a été prononcé »[1].

Au Sénat, une discussion s'engagea sur le même point[2], au cours de laquelle le rapporteur déclara : « toutes les fois qu'il y aura un jugement spécial, motivé par un jugement qui pourra se détacher du fond, les dépens seront à la charge de celui qui succombera ».

Les déclarations des deux rapporteurs ne semblent donc pas concorder exactement ; selon le premier, l'article 310, alinéa 2, ne vise que les frais de la demande en conversion proprement dite, c'est-à-dire la demande d'une simplicité idéale, dégagée de tout incident. Le deuxième, au contraire, inclut dans les frais de la demande les dépens des incidents relatifs au fond (incidents relatif à la preuve en particulier). On n'est même pas absolument d'accord sur le point de savoir quels incidents concernent le fond. En particulier, si l'une des parties prétend qu'il y a eu réconciliation, est-ce une question touchant au fond du procès ? un court dialogue s'est engagé à ce sujet entre deux sénateurs, dont il ressort une divergence d'opinions[3].

En présence de cette incertitude, qu'a décidé la juris-

1. S. *Lois annotées*, 1905-1910, p. 738, 1re col.
2. *Id. loc.*
3. *Id. loc.* discussion entre MM. Poulle et Gourju.

prudence ? Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 juillet 1920[1] parle des « frais normaux » de première instance ; reste à savoir ce qu il faut entendre par « frais normaux ». En général, il semble cependant que la jurisprudence considère comme tels les dépens relatifs à la demande de conversion proprement dite, dépouillée de tout incident, même relatif au fond[2].

Cette jurisprudence nous paraît devoir être approuvée. C'est un principe général dans notre droit que toute exception doit être interprétée restrictivement. Or l'article 310, alinéa 2, constitue une exception à l'article 130 Code de procédure civile, et cette exception doit être limitée aux termes mêmes dans lesquels elle est établie. Les dépens qui ne sont pas relatifs à la demande de conversion proprement dite doivent être répartis suivant le droit commun.

2. *Dépens entraînés par l'exercice des voies de recours.*

Et, en vertu de ce même raisonnement, nous pensons qu'il faut appliquer aussi le droit commun aux dépens entraînés par l'exercice des voies de recours. La Cour de cassation l'a d'ailleurs décidé à plusieurs reprises[3].

Cette jurisprudence de la Cour suprême appelle une remarque. Elle a insisté parfois sur le fait que les voies de recours avaient été exercées dans un but purement dilatoire, et que la procédure avait été « abusive »[4], pour condamner aux dépens de ces voies de recours, suivant le droit commun, l'époux innocent qui avait succombé. Il ne faudrait pas en déduire, par *a contrario*, qu'on dût en revenir à l'article 310, alinéa 2, quand la procédure est exempte de toute idée de malice ou de vexation. Si la Cour insiste sur ce caractère abusif, c'est uniquement pour donner plus de force à son argumentation, par l'adjonction d'un motif nouveau. Mais, le motif fût-il absent, la règle serait la même[5] ; la meilleure preuve s'en

1. D. 21.1.69 ; — S. 21.1.37.
2. Req., 29 juin 1915, S. 15.1.121 ; — 4 févr. 1920, S. 20.1.126.
3. Req., 20 juillet 1920, déjà cité ; — 14 mars 1921, S. 21.1.134 ; — 10 mars 1924, S. 1924.1.327 ; — 25 avril 1934, D.H. 1934.316 ; — 24 juin 1937, D.H. 1937, 425.
4. Req., 14 mars 1921, précité.
5. Voir les autres arrêts cités, en particulier, Req., 20 juillet 1920.

trouve dans un des plus récents arrêts rendus en la matière. Cet arrêt de la Chambre des requêtes du 6 février 1939[1] précise formellement, en effet, qu'une Cour d'appel a fait une exacte application de la loi en mettant à la charge de la femme, qu'elle déboutait, les frais de son opposition, « *sans avoir à établir le caractère abusif de la procédure* ».

1. D.H. 1939, 210.

CHAPITRE III

LA PENSION ALIMENTAIRE

I. — Source des difficultés relatives a la pension alimentaire

Nous savons que la séparation de corps, amenant un simple relâchement du lien conjugal, laisse subsister le devoir de secours entre époux. Elle entraîne seulement modification de la manière dont il s'exécute ; tant que durait l'existence commune, il consistait en prestations diverses et de tous les instants ; du jour où les époux ne vivent plus « au même pain et pot », il s'accomplit par le paiement d'une pension alimentaire imposé à l'époux le plus fortuné. La pension alimentaire allouée par le jugement de séparation de corps a donc son fondement dans les articles 212 et 214 du Code civil ; elle découle directement du mariage, et, par conséquent, elle peut être accordée à l'un quelconque des époux, que la séparation soit intervenue à ses torts ou à son profit ; enfin, comme toute pension alimentaire, elle est calculée en fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur.

Or la conversion de la séparation de corps en divorce entraîne, avec la dissolution du mariage, la disparition du devoir de secours.

Est-ce à dire qu'elle va priver de sa pension l'époux qui a obtenu la séparation ? Le coupable va-t-il trouver dans le divorce un moyen de se débarrasser de toute charge vis-à-vis de son conjoint ? Non. L'article 301 du Code civil permet en effet à l'époux *qui a obtenu le divorce* de se faire allouer une pension alimentaire soumise à certaines règles spéciales, en particulier limitée au tiers des revenus de l'époux débiteur. Cette pension est considérée généralement comme une indem-

nité[1] destinée à compenser pour l'époux innocent (et lui seul) la perte du droit au secours[2].

Normalement donc, au moment de la conversion, il suffirait que l'époux innocent demandât la transformation de sa pension basée sur l'article 212 en une pension basée sur l'article 301.

Seulement, le problème a été compliqué par une création jurisprudentielle que les auteurs critiquent d'ailleurs assez généralement[3]. La jurisprudence ne s'est pas contentée d'allouer des pensions alimentaires sur le fondement de l'article 212 ; elle a étendu l'article 301 à la séparation de corps.

Pourquoi cette extension ? Evidemment, nous savons, depuis le célèbre arrêt des Chambres réunies du 23 mai 1855, que toutes les dispositions insérées au titre du divorce sont applicables à la séparation de corps quand elles ne sont pas inconciliables avec elle. Mais ici, il y avait deux raisons particulières. Tout d'abord, la pension basée sur l'article 301, ayant un caractère indemnitaire, constitue dans le patrimoine du bénéficiaire une créance qui échappe aux principes régissant les aliments ; en particulier, elle se transmet aux héritiers du débiteur, ce qui assure au créancier le bénéfice de cette pension tant qu'il en aura besoin[4]. En second lieu, si la pension accordée à l'époux innocent avait son fondement dans l'article 301, elle subsistait en cas de divorce purement et simplement, ce qui, au moment de la conversion, évitait tout débat et tous frais nouveaux.

Mais alors, à cause de ce « principe dualiste » admis par les tribunaux, il fallait au moment de la conversion se demander si la pension allouée à l'époux bénéficiaire du jugement de

1. C'est donc une pension à la fois alimentaire et indemnitaire. On discute d'ailleurs sur l'importance respective de ces deux éléments ; la jurisprudence a tendance à ne voir dans l'article 301 qu'une application de l'art. 1382. Il semble que, de nos jours, pourtant, on cherche à reléguer au second plan cette idée d'indemnité. M. Dabin, en particulier (Dabin, *Le caractère de la pension alimentaire après divorce, Rev. trim.*, 1939, p. 865 à 946), écrit : « Le fondement quelconque, indemnitaire ou autre, d'un droit alimentaire n'en saurait affecter ou altérer les caractères essentiels, qui sont et restent alimentaires » (p. 901).

2. Voir notamment sur cette idée : Ripert, *Les caractères de la pension alimentaire allouée en cas de divorce*, D.H. 1927, p. 53.

3. *Le Traité pratique de droit civil* de MM. Planiol et Ripert, fait observer en particulier que la pension de l'art. 301 destinée à compenser la perte du droit au secours ne peut être étendue à la séparation, qui laisse subsister ce droit au secours (t. 2, *La famille*, par Rouast, p. 570.).

4. M. Dabin critique cette transmissibilité passive (*loc. cit.*, p. 942).

séparation de corps l'avait été en vertu de l'article 301, auquel cas elle subsistait après la conversion, ou en vertu de l'article 212, et alors elle devait être transformée.

II. — Jurisprudence antérieure a 1908.

Il n'y aurait pas eu de difficulté si les décisions qui accordaient une telle pension alimentaire en avaient précisé le fondement. Mais, généralement, elles s'en abstenaient ; peut-être parce que la distinction n'apparaissait pas à tous très nette entre les deux pensions ; plutôt parce que cette précision comportait certains dangers ; en effet, ou bien l'on visait seulement l'article 212, et la pension devait disparaître avec la conversion, ou bien l'on s'en référait au seul article 301, et il fallait bien prendre garde que la pension n'excédât pas le tiers des revenus du coupable. En ne précisant pas, on permettait à l'époux créancier de cumuler les avantages des deux pensions ; le système jurisprudentiel présentait donc une grande souplesse.

En pratique cela n'aurait sans doute, pensait-on, pas grand inconvénient ; de toute façon, les chances de conservation de la pension étaient sauvegardées ; qu'elle soit maintenue ou transformée, elle demeurait.

Et pourtant, des contestations fréquentes se produisirent. Après la conversion, l'époux coupable se prétendait déchargé du service de la pension alimentaire à laquelle le jugement de séparation l'avait condamné. Cette pension, disait-il, avait son fondement dans l'article 212, et, par conséquent, elle ne subsistait plus après divorce. L'autre, au contraire, soutenait que ce fondement était dans l'article 301 et qu'il conservait le bénéfice de cette obligation.

Il appartenait donc aux tribunaux, saisis de ces contestations, d'interpréter les dispositions qui avaient créé la pension, et de dire à quel texte elles pouvaient se rattacher. Leur souci constant fut de favoriser le maintien de la pension accordée à l'innocent et, pour ce, d'essayer de trouver à toutes les pensions alimentaires un fondement dans l'article 301. Voyons les manifestations de cette jurisprudence.

La décision accordant la pension invoquait-elle à la fois

l'article 212 et l'article 301, la jurisprudence déclarait que le visa de l'article 301 était suffisant pour assurer le maintien de la pension, et que la décision pouvait, après la conversion, servir de titre exécutoire contre l'époux débiteur[1].

Cette décision ne précisait-elle pas sur quel article elle se fondait, il fallait admettre qu'elle avait eu en vue l'article 301, dès lors qu'il ressortait de quelque circonstance qu'elle pouvait être considérée comme une indemnité[2].

Enfin, la décision se fondait-elle expressément sur l'article 212, on pouvait se demander si les juges n'avaient pas eu quand même en vue la responsabilité encourue par l'époux coupable[3]. Il suffisait de rechercher s'il avait été fait une application exclusive de cet article 212, et, pour cela, parcourir les motifs du jugement et voir si la pension n'avait pas été allouée à l'époux en considération de sa seule détresse, mais bien aussi en vertu d'un acte fautif accompli par l'autre[4].

Or, il est infiniment rare qu'on ne puisse pas déceler dans une telle pension alimentaire, un caractère d'indemnité, destinée à réparer un dommage fautif ; car toute séparation de corps suppose à son origine un manquement aux devoirs conjugaux, donc la faute de l'époux contre qui elle est prononcée.

A supposer même qu'il soit impossible de déconvrir à la pension un autre fondement que l'article 212, elle pouvait être encore maintenue par le tribunal qui prononçait la conversion, en substituant l'article 301 à 212[5].

III. — Intervention légale en 1908

1. *L'alinéa 3 de l'article 310.*

Tel était donc l'état de la jurisprudence ; elle assurait dans tous les cas à l'époux innocent le maintien de sa pension. Seulement, ce n'était qu'une solution jurisprudentielle, c'est-à-dire une garantie pas très sûre ; au surplus, le juge de la

1. Paris, 15 mars 1887, S. 88.2.273.
2. Paris, 16 mai 1893, S. 93.2.224 ; — Cass. 27 déc. 1905, S. 1907.1.461.
3. Req., 3 janv. 1893, S. 1893.1.225, avec note Labbé et rapport Denis ; — Req., 2 mai 1900, S. 1900.1.436.
4. Voir le rapport de M. le conseiller Denis, au D. 1893.1.225.
5. Req., 2 mai 1900, S. 1900.1.436.

conversion était tout de même obligé, pour découvrir le caractère indemnitaire de la pension, de reviser les motifs qui avaient entraîné la séparation de corps. Or le législateur de 1908 voulait interdire cet examen, et simplifier au maximum la procédure.

Aussi se devait-il de résoudre cette question. Pourtant ce n'est qu'à la dernière minute qu'un sénateur, Boivin-Champeaux, appela l'attention de ses collègues sur cette difficulté et proposa un amendement ; « dans cette procédure, pour ainsi dire muette, déclarait-il, il serait bon que le sort de la pension alimentaire fût réglée législativement comme l'est celui de la conversion »[1]. Le texte de l'amendement était le suivant : « Les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation conservent en tous cas leur effet ». Adopté au Sénat, puis à la Chambre, malgré les critiques du rapporteur, il devint l'*alinéa* 3 de l'article 310.

2. *Sens exact du texte. Erreurs d'interprétation.*

Le but de cet amendement tel que son auteur l'avait indiqué, c'était d'éviter tout débat sur le caractère alimentaire ou indemnitaire de la pension ; il ne devait être que la consécration législative des solutions jurisprudentielles antérieures.

Seulement, il était mal rédigé. Il parlait tout d'abord des « dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension » : or une pension peut être allouée à l'époux séparé de corps soit par le jugement de séparation lui-même, soit par un jugement postérieur. Alors, dans ce dernier cas, la pension subsistait-elle ?

Ensuite, il disait que ces dispositions « conservent *en tous cas* leur effet ». Que signifiait cette expression : « en tous cas ? ». Allait-elle permettre à l'époux séparé par un jugement rendu aux torts réciproques de conserver la pension dont il bénéficiait ? Allait-elle autoriser le maintien d'une pension excédant le tiers des revenus de l'époux coupable ?

Et, de fait, ces erreurs d'interprétation ne tardèrent pas à se manifester

1. S. *Lois annotées*, 1905-1910, p. 738.

Un jugement du tribunal civil de Douai du 10 décembre 1908[1] commença par déclarer que la conversion n'empêchait pas le maintien de la pension allouée à l'un des époux entre lesquels était intervenu un jugement de séparation aux torts réciproques. Le tribunal s'autorisait des expressions générales de la loi de 1908 et prétendait qu'un des objets de cette loi avait été d'effacer toute distinction entre les effets produits par les articles 212 et 301.

Sur appel, la Cour de Douai infirma le jugement[2]. Mais, à son tour, elle commettait une autre erreur d'interprétation. Selon elle, en effet, la pension alimentaire ne devait être conservée que si elle avait été accordée par le jugement de séparation de corps et non par un jugement postérieur. Elle arguait des critiques adresées au texte de l'alinéa 3 par Viollette, rapporteur à la chambre : « il ne parle que de la pension alimentaire allouée par le jugement de la séparation de corps, et non de celle allouée par un jugement postérieur », critiques restées sans réponse.

Enfin, un auteur, M. Wahl, prétendit que la pension de l'époux séparé de corps, ne devait pas, lors de la conversion, subir la réduction au tiers des revenus du débiteur, pour être conforme à l'article 301[3]. Le maintien du chiffre intégral de la pension serait une compensation pour l'époux créancier obligé de subir la conversion, d'autant plus que la solution contraire pourrait permettre à l'époux coupable de retirer un avantage pécuniaire du divorce.

Un incident des travaux préparatoires de la loi semblait d'ailleurs favorable aux opinions de la Cour de Douai et de M. Wahl. Dans le but d'éviter ces erreurs qu'ils prévoyaient, MM. Jeanneney et Lefebvre déposèrent un amendement ainsi conçu : « l'époux au profit de qui le séparation de corps a été prononcée conservera le bénéfice de la pension alimentaire qui lui aura été allouée, soit par le jugement de séparation de corps, soit par un jugement postérieur, sauf le droit de l'autre époux d'en demander la réduction conformément à l'article 301 »[4]. Or cet amendement fut disjoint.

1. D. 1909.2.152.
2. Douai, 8 mars 1909, D. 1909.2.239.
3. *Rev. trim. de droit civil*, 1909, p. 148.
4. S. *Lois annotées*, 1905-1910, p. 739.

Nous ferons remarquer cependant que le motif de cette disjonction n'est pas une question de principes. Elle a été demandée par M. Viollette, celui qui, précisément, critiquait l'alinéa 3 de l'article 310, pour ne pas renvoyer le débat devant le Sénat, et ne pas retarder indéfiniment le vote d'une loi si péniblement acquise. L'amendement Jeanneney-Lefebvre fut d'ailleurs aussitôt repris et voté à la Chambre ; seulement, plus tard, il fut inséré dans le cadre d'un projet de remaniement de la conversion ; or, ce projet portait de graves modifications de principe, en particulier la réduction du délai de l'article 310 à deux ans, ce qui empêcha son vote, et, par voie de conséquence, celui de l'amendement relatif à la pension alimentaire[1].

Donc, de ces travaux préparatoires, une grande idée se dégage, qui a inspiré l'alinéa 3 de l'article 310. On a voulu mettre fin aux discussions subtiles soulevées par le double fondement que pouvait avoir la pension alimentaire. Le but du législateur a été d'assurer à l'époux qui a obtenu la séparation de corps le maintien de la pension dont il bénéficiait, « en tous cas », c'est-à-dire quelqu'en soit le fondement, que ce soit l'article 212 ou l'article 301.

Voilà le sens exact du texte. Au reste, rien n'est changé aux solutions jurisprudentielles antérieures à 1908, relativement aux questions que la loi n'a pas prévues. C'est l'étude de ces solutions qu'il nous faut aborder maintenant.

IV. — Solutions traditionnelles, qui doivent être maintenues, sur les questions non prévues par la loi de 1908.

1. *Seul l'époux qui a obtenu la séparation de corps à son profit exclusif peut conserver la pension alimentaire après la conversion.*

Puisque la pension alimentaire ne peut être conservée après la conversion qu'en vertu de l'article 301, cela suppose que le bénéficiaire est l'époux qui a obtenu le divorce, c'est-à-

1. Voir Vergez, *La conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse, Paris, 1934, p. 175 et 176.

dire celui qui avait obtenu la séparation de corps. Or, lorsque la séparation de corps est intervenue aux torts et griefs réciproques des époux, aucun d'eux ne peut prétendre l'avoir obtenue et invoquer le bénéfice de l'article 301 [1].

Pourtant un arrêt de la Cour de Bourges avait admis, dans un cas où la séparation avait été prononcée aux torts réciproques, le maintien, après conversion, de la pension allouée à l'un des époux, sous prétexte que les torts de celui-ci étaient moindres que ceux de son conjoint [2]. Cet arrêt fut cassé par la Chambre civile [3]; et, par la suite, d'autres décisions vinrent confirmer cette jurisprudence de la Cour suprême [4].

Au lendemain de la loi de 1908, l'opinion de la Cour de Bourges fut reprise par un jugement, que nous avons déjà signalé, du tribunal civil de Douai; la justification apportée était d'ailleurs différente. Quoiqu'il en soit, le jugement fut infirmé [5]; et depuis, toute controverse à ce sujet semble terminée [6]. C'est d'ailleurs une tendance assez constante dans notre droit d'assimiler à l'époux coupable les conjoints séparés ou divorcés à leurs torts et griefs réciproques.

2. *La pension accordée à l'époux innocent doit être maintenue, qu'elle ait été allouée par le jugement de séparation de corps ou par un jugement postérieur.*

Dans un arrêt du 27 janvier 1887, resté d'ailleurs isolé, la Cour de Riom [7] pensait que la pension résultant d'un jugement postérieur au jugement de séparation de corps ne pouvait avoir son fondement que dans l'article 212 et par conséquent ne pouvait survivre à la conversion. Mais généralement, la jurisprudence rejetait toute distinction [8].

Or, après 1908, un arrêt de la Cour de Douai, que nous avons

1. Req., 7 avril 1873, S. 1873.1.337.
2. Bourges, 27 juillet 1883, sous Civ., 24 nov. 1886, S. 88.1.433, rapport Manau.
3. Civ., 24 nov. 1886, précité.
4. Voir en particulier, Req., 27 janv. 1891, D. 91.1.461, S. 91.1.172.
5. Douai, 8 mars 1906, déjà cité; voir aussi, Aix, 19 févr. 1913, D. 1913.2. 263, infirmant un jugement du Trib. civ. de Nice.
6. Cf. Civ., 20 févr. 1929, *Gaz. Pal.*, 23 avril; — Civ. 16 mai 1933, D.H. 33. 394.
7. S. 1888.2.214.
8. Paris, 15 mars 1887, S. 88.2.213; — 3 févr. 1899, sous Civ., 2 mai 1900, S. 1900.1.436.

déjà cité, soutenait à nouveau cette opinion ; il tirait une sorte d'argument *a contrario* du texte de l'alinéa 3, et il invoquait au surplus des arguments tirés des travaux préparatoires ; or, d'après ce que nous avons dit de la loi de 1908, il semble que ces arguments ne soient pas un appui bien sérieux à cette thèse.

D'ailleurs, elle a été abandonnée par des décisions postérieures. A vrai dire, l'hypothèse résolue par ces décisions [1] différait quelque peu de celle soumise à la Cour de Douai : la pension alimentaire n'avait pas été créée, mais seulement modifiée par un jugement postérieur du jugement de séparation de corps.

Mais enfin, il nous semble qu'il n'y a pas de raison de distinguer entre toutes ces hypothèses. L'annotateur de l'arrêt de la Cour de Douai qui approuve la solution de cet arrêt reconnaît bien d'ailleurs que la distinction est peu rationnelle [2]. Alors, pourquoi la maintenir sur la seule base d'arguments de texte fragiles et d'incidents de travaux préparatoires ?

3. *Cette pension alimentaire ne peut, après la conversion, excéder le tiers des revenus de l'époux débiteur.*

Sur ce point aussi, la jurisprudence était certaine avant 1908. Du moment que la pension après conversion ne peut avoir son fondement que dans l'article 301, elle doit être conforme aux prescriptions de ce texte, en particulier être limitée au tiers des revenus du coupable [3].

Nous pensons que ce raisonnement conserve toujours sa valeur depuis 1908. Nous avons indiqué l'opinion de M. Wahl qui excluait cette limitation, au cas de conversion. On ne saurait permettre, disait-il, à l'époux coupable, débiteur de la pension, de retirer un avantage pécuniaire du divorce ; à quoi on peut répondre qu'il n'est pas plus logique d'assurer cet avantage pécuniaire à l'époux innocent pour le seul motif qu'au lieu de demander le divorce directement, il y est parvenu par la voie détournée de la séparation de corps.

D'ailleurs, la compensation ainsi accordée à l'époux qui subit la conversion serait assez mince. Il n'est pas très fréquent

1. V. en particulier Bordeaux, 21 févr. 1922, S. 1922.2.65, note Minvielle.
2. Note anonyme au D. 1909.2.239.
3. Paris, 15 mars 1887, déjà cité ; — Caen, 19 mars 1889, S. 90.2.209.

qu'une pension fondée sur l'article 212 dépasse le tiers des revenus du débiteur. Et puis, cette limite du tiers pourrait céder, semble-t-il [1], si la pension était insuffisante pour subvenir aux besoins du créancier. Sans compter, d'ailleurs, la possibilité d'une indemnisation, pour le préjudice que lui cause la dissolution du mariage, indemnisation assurée autrefois par le jeu de l'article 1382 du Code civil, aujourd'hui par l'alinéa 2 nouveau de l'article 301.

4. *L'époux coupable condamné par le jugement de séparation de corps au paiement d'une pension peut, en cas de non versement après conversion, être condamné pour abandon de famille.*

La Chambre criminelle de la Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi contre un arrêt qui avait prononcé cette condamnation. Le pourvoi soutenait premièrement que le jugement de conversion, ayant détruit totalement le jugement de séparation, n'en avait rien laissé subsister, qu'en particulier, il entraînait la suppression de la pension alimentaire ; deuxièmement, que, si la femme bénéficiaire de la pension avait voulu la conserver, elle aurait dû faire établir sur quel fondement cette pension lui avait été allouée.

La Chambre criminelle a, fort justement, rejeté le pourvoi par un arrêt du 22 juin 1935 [2]. En réalité, conversion ne signifie nullement anéantissement du jugement de séparation. Et les termes de la loi de 1908 sont formels, l'époux innocent conserve *en tous cas*, le bénéfice de la pension alimentaire, c'est-à-dire qu'il la conserve alors même que le jugement de conversion est resté muet sur la question, alors même que le fondement de cette pension n'a pas été précisé.

Donc, après conversion, cet époux est bénéficiaire d'une pension au titre de l'article 301 du Code civil. Or on admet de façon constante, en vertu du caractère alimentaire de cette pension, la possibilité de poursuivre l'époux qui ne la paie pas pour abandon de famille.

1. Voir en ce sens, Laurent, *Principes de droit civil*, t. 3, n° 309.
2. S. 1936.1.353, note J.A. Roux.

Appendice

Application, en matière de conversion, de l'article 310, *alinéa* 2 *nouveau*

Lisons tout d'abord ce texte : « Indépendamment de toutes autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, les juges pourront allouer au conjoint qui a obtenu le divorce des dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution du mariage.

La dissolution du mariage peut être en effet la source d'un préjudice matériel (perte résultant de la liquidation anticipée de la communauté, perte des droits éventuels à la succession, etc...) ou d'un préjudice moral. L'article 301, alinéa 2, permet donc à l'époux innocent de demander la réparation de ce préjudice. Ce texte apparait comme une application générale du principe de l'article 1382 ; peut-être aussi est-il inspiré de cette idée préconisée par M. Savatier que, pour enrayer l'abus du divorce, il faut frapper l'époux coupable dans sa bourse[1].

En tous cas, du fait qu'on peut y voir une application du droit commun de la responsabilité, on peut penser qu'il doit être étendu à la séparation de corps[2]. Seulement le préjudice résultant de la séparation de corps est généralement moins net que celui résultant du divorce. Aussi, au moment de la conversion pourra-t-il y avoir lieu à la modification des dommages-intérêts accordés par le jugement de séparation de corps, ou à l'octroi de dommages-intérêts, à raison du préjudice nouveau résultant de la dissolution du mariage. Il a été fait d'ailleurs une application judicieuse de ce principe par un

1. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, p. 32.
2. Voir en ce sens les commentateurs de la loi de 1941, en particulier Vizioz, *op. cit.*, p. 41 ; — Carbonnier, *loc. cit.*, p. 84.

jugement du tribunal civil de Saint-Brieuc du 16 juin 1942[1].

Notons d'ailleurs que l'application de ce texte, comme l'application en général du principe de la conversion facultative oblige le juge à sortir du rôle auquel l'avait réduit la loi de 1908, qui était un simple rôle d'enregistrement, à connaître des faits qui se sont passés pendant la période intercalaire, et à dégager les conséquences qui doivent résulter du changement de condition des époux. Ainsi l'on s'achemine vers la substitution de la révision à la conversion.

Cette parenthèse ouvre l'exposé des critiques que soulève la conversion, exposé que nous allons reprendre dans la conclusion de cette étude.

1. *Gaz. Pal.*, 3 oct. 1942, et *Rev. trim.*, 1942, p. 352, les observations de M. Lagarde.

CONCLUSION

Au hasard des questions qu'a soulevées notre étude, nous avons signalé les anomalies que présente la conversion de la séparation de corps en divorce. Nous voudrions ici rappeler brièvement ces critiques.

Dans notre introduction, nous avons dit quelle idée morale dominait ce problème juridique : l'idée de la liberté de conscience ; mais aussi nous avons ajouté qu'il était impossible de respecter en même temps la liberté de conscience de deux personnes d'opinions opposées, et que la conversion sacrifiait celle de l'époux le plus digne. Evidemment, il peut paraître dur de condamner l'autre à une séparation de corps perpétuelle ; mais enfin, du moment que notre droit admet la séparation de corps, ce n'est pas une raison pour qu'on y voie une étape vers le divorce ; cela supposerait entre les deux une identité d'origine qui n'existe pas, puisque l'un procède du principe de la liberté individuelle et que l'autre est un complément de l'indissolubilité du mariage, c'est-à-dire qu'ils ont leur source dans deux dogmes absolument antagonistes.

Sur un plan plus proprement juridique, ou mieux peut-être plus technique, nous avons critiqué ce changement d'étiquette, cette transposition, parce qu'elle semble supposer que la période intercalaire qui sépare séparation de corps et divorce ne compte pas. Pourtant, pendant cette période, le lien conjugal, bien que relâché, subsiste ; les époux ont pu enfreindre les obligations qu'il leur impose ; or, il est difficile d'admettre que ces infractions vont, au moins pour un temps, rester sans sanctions.

D'ailleurs, la loi de 1941 semble bien marquer un premier pas timide peut-être, mais perceptible, vers la substitution de la revision à la conversion. Nous en avons relevé deux manifestations qui semblent assez suggestives : le fait que les tribunaux

jouissant dans certains cas d'un pouvoir d'appréciation seront amenés à se préoccuper d'événements qui se placent dans la période intercalaire ; ensuite, le fait qu'ils pourront, pour en indemniser l'époux innocent, apprécier le préjudice nouveau que lui cause la conversion.

La réforme de 1941 est sans doute une première étape dans la voie de la suppression de la conversion. Cette suppression a été demandée par beaucoup, déjà.

Pour nous, nous pensons qu'il est possible dès à présent, d'envisager des réformes profondes en la matière.

La première qui s'impose, c'est la suppression du droit pour l'époux coupable de demander la conversion. Pourquoi lui permettre de puiser dans ses torts une telle prérogative ? Pourquoi lui reconnaître le droit de demander la conversion alors qu'il n'aurait pas pu demander la séparation de corps ou le divorce ? Si la séparation de corps est un état pénible pour lui, c'est grand dommage ; mais à qui la faute ? Et n'est-il pas contraire à la raison de lui permettre, parce qu'il a tout fait pour rendre la vie insupportable à son conjoint, ou parce qu'il a donné libre cours à ses passions, de se libérer de l'union qu'il avait contractée ?

C'est d'ailleurs un vieil axiome de notre droit que : « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ». De plus, sur le plan de notre droit positif, la solution qui refuserait à l'époux coupable le droit de demander la conversion serait la seule en harmonie avec l'idée qui a présidé à la détermination des causes du divorce. Toutes ces causes se ramènent à l'idée de faute et d'indignité de l'époux contre lequel le divorce est prononcé.

Mais doit-on supprimer aussi la faculté de conversion au profit de l'époux qui a obtenu la séparation ? Le problème est plus embarrassant.

On pourrait dire : il avait une option entre séparation de corps et divorce ; une fois exercée, elle est irrévocable ; et puis il lui reste la ressource de demander le divorce par voie principale. Ce serait tout de même mal le récompenser de la bonne volonté, parfois même de la générosité qui ont dicté son choix. La ressource de la demande principale serait une compensation bien médiocre ; elle obligerait en effet à recommencer toute la procédure, à faire à nouveau la preuve des griefs établis dans l'instance en séparation de corps ; or cette preuve

serait d'autant plus difficile à administrer que ces griefs se situent dans un passé déjà lointain. L'époux innocent se verrait donc obligé d'entamer une nouvelle procédure lente et coûteuse, et peut-être courrait-il le risque d'un échec.

Certes, ces objections sont pertinentes. Aussi nous pensons que, tant que le divorce subsiste, il faut laisser à l'époux qui a obtenu la séparation de corps le droit au bout d'un certain délai de la faire transformer en divorce. Seulement, à notre avis, ce droit doit être subordonné à deux conditions :

La première, c'est que cet époux fera valoir des motifs sérieux à l'appui de sa demande. La deuxième, c'est que l'instance qui s'engagera sur cette demande sera une instance de revision et non pas seulement une instance de conversion, en ce sens que l'époux contre qui la séparation de corps est intervenue pourra faire connaître au tribunal les griefs qu'il a pu relever contre son conjoint pendant la période intercalaire. On n'aura plus ainsi les complications et les bizarreries de procédure qu'entraîne la concomitance d'une action en conversion et d'une demande principale en divorce. Et c'est donc en connaissance de la situation exacte des parties que le tribunal prononcera le divorce, soit au profit exclusif de l'époux qui a obtenu la séparation, soit aux torts et griefs réciproques des deux. La solution semble donc sauvegarder assez exactement les intérêts en présence.

Mais cette réforme qui pourrait être réalisée dès à présent n'est pour nous qu'une étape vers une réforme autrement importante. Notre pensée profonde, c'est que la suppression de la conversion doit être un corollaire de la suppression du divorce.

Le divorce doit être rayé de nos institutions ; et, du jour où il disparaîtra, il ne sera plus question de conversion. Car, on a beau vanter les mérites de cette solution radicale d'unions mal assorties, on a beau s'apitoyer sur le sort du malheureux qui, sans elle, serait rivé pour toute sa vie à une chaîne intolérable ; il n'empêche que, en fait, dès lors qu'on admet le divorce, s'il est parfois un instrument de libération d'un innocent malheureux, il est beaucoup plus souvent une arme entre les mains de l'époux indigne. Et puis surtout, le divorce est une cheminée d'appel dont il est impossible de régler le tirage. C'est aussi un cancer social, en ce sens qu'il ronge toutes les institutions :

la famille, dont il détruit la stabilité, et donc très souvent la fécondité, le mariage, auquel il enlève son sérieux pour ne plus le présenter que comme une simple expérience ; en ce sens enfin, qu'il est un dissolvant terrible des mœurs, et qu'il a contribué à la décadence et à la disparition de bien des nations qui l'ont admis.

Evidemment, le divorce est trop profondément ancré dans notre droit pour qu'on puisse l'en retirer d'un seul coup ; il faut procéder par étapes. Mais nous voulons espérer que le législateur français poursuivra l'œuvre d'élimination progressive commencée en 1941. On peut, cependant, se demander si les mœurs actuelles sont bien favorables à de telles réformes. Nous ne saurions l'affirmer ; les grands bouleversements nationaux s'accompagnent souvent de crises de la moralité. Mais n'est-il pas vrai aussi que, lorsque les mœurs vont à la perte de la société, le législateur doit barrer la route ? Le flot peut être dur à endiguer, mais l'enjeu en vaut la peine ; il s'agit de l'avenir du pays. Car cet avenir est dans la prospérité des familles, et cette prospérité dépend au premier chef de la stabilité du lien conjugal qui les fonde.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 29 mai 1943,
Le Président de thèse
Jean RADOUANT.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 29 mai 1943,
Le Doyen de la Faculté
Joseph DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 30 mai 1943,
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5e édit., 1913, revue par BARTIN, t. 7, p. 379 à 386.

BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU et CHÉNEAUX. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e édit., 1907, t. 4, p. 230 à 252.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1er, p. 255.

GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e édit., 1921, t. 7, p. 445 à 483 (avec la collaboration de M. Maurice COSTES).

JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, t. 1, p. 545 à 549.

LAURENT. — *Principes de droit civil*, 3e édit., 1878, t. 3, nº 198 et suiv.

LOTH. — *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse, Paris, 1912.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, *La famille*, par ROUAST, p. 585 à 597.

RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel PLANIOL, t. 1er, nouvelle édition 1942 (avec le concours de M. Jean BOULANGER, p. 449 à 454 et 600.

De ROYER. — *La conversion de la séparation du corps en divorce*, thèse, Paris.

VERGEZ. — *La conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse, Paris, 1934.

OUVRAGES RELATIFS A LA LOI DU 2 AVRIL 1941

ANCEL. — Etude au S. 1941, *Lois annotées*, p. 377.

BRETON. — Etude à la *Sem. jurid.*, 1941, doctr. 205.

CARBONNIER. — Etude au D. crit. 1941, législ. p. 61 à 91.

ESMEIN. — Etude à la *Gaz. Pal.*, 1941.1.101.

VIZIOZ. — *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps*, Paris, 1941.

NOTES DE JURISPRUDENCE

Note Labbé au S. 1886.1.193.
— anonyme au S. 1890.1.113.
— Beudant au D. 1891.2.57.
— Labbé au S. 1893.1.225.
— Brésillion au D. 1899.2.129.
— Naquet au S. 1900.1.169.

Note Lacoste au S. 1906.2.73.
— anonyme au S. 1912.1.569.
— Naquet au S. 1916.1.9.
— Minvielle au S. 1922.2.65.
— Hugueney au S. 1923.1.257.
— Roux au S. 1936.1.353.

Observations Lagarde, à la *Revue trim. de droit civil*, 1942, p. 46, 278 et 352.

DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES EN MATIERE DE CONVERSION POSTÉRIEURES A LA LOI DU 2 AVRIL 1941

Trib. civ. de Nantes, 1er octobre 1941, *Gaz. Pal.*, 1941.2.395.
Trib. civ. de Lyon, 13 janvier 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.1.74.
Trib. civ. de la Seine, 10 février 1942, *Gaz. Pal.*, 1942, supp. prov. p. 32.
Trib. civ.de Lyon, 24 février 1942, *eod. loc.*
Trib. civ. de Chartres, 25 février 1942, *Gaz. Pal.*, 6 mai 1942.
Trib. civ. de Bordeaux, 11 mars 1942, *eod. loc.*
Trib. civ. de Nantes, 30 avril 1942, *Gaz. Pal.*, 11 juin 1942.
Trib. civ. de Saint-Brieuc, 16 juin 1942, *Gaz. Pal.*, 3 octobre 1942.
Trib. civ. de Béthune, 8 juillet 1942, *Gaz. Pal.*, 13 oct. 1942.
Trib. civ. de Bordeaux, 15 juillet 1942, *eod. loc.*
Cour d'appel de Caen, 13 novembre 1942, *Gaz. Pal.*, 19 décembre 1942.
Cour d'appel de Paris, 16 novembre, *Gaz. Pal.*, 23 décembre 1942.
Cour d'appel de Paris, 26 novembre 1942, *Gaz. Pal.*, 19 janv. 1943.
Cour d'appel de Paris, 28 novembre 1942, *eod. loc.*
Cour d'appel de Paris, 16 décembre 1942, *Gaz. Pal.*, 27 février 1943.
Trib. civ. de Chambéry, 3 février 1943, *Gaz. Pal.*, 10 avril 1943 et *Sem. jurid.*, 28 février 1943.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE

CONDITION DE LA CONVERSION

CHAPITRE PREMIER. — QUI PEUT DEMANDER LA CONVERSION 7

I. — Systèmes successifs pratiqués dans notre droit 7

1. Système du Code civil 7

2. Système de 1884 9

3. Système de 1908 11

II. — Système de la loi de 1941 13

1. Généralités ; conversion obligatoire ou facultative suivant la qualité du demandeur 13

2. Comment justifier cette différence 15

CHAPITRE II. — A QUELLE ÉPOQUE PEUT-ON DEMANDER LA CONVERSION 18

I. — Le délai de trois ans. Appréciation critique 18

1. Le délai triennal 18

2. Appréciation critique 19

II. — Point de départ du délai 22

A. — Solutions jurisprudentielles traditionnelles 22

1. Principe : le délai part du jour où la décision qui prononce la séparation de corps est devenue définitive 22

2. Sens exact de l'expression : « décision devenue définitive ». Applications 27

B. Problème nouveau : quel est le point de départ du délai de conversion en divorce d'une séparation de corps prononcée dans les trois premières années du mariage 31

III. — Point d'arrivée du délai 34

IV. — Les époux séparés de corps peuvent-ils demander le dévorce par par voie principale avant l'expiration du délai de trois ans ? 34

1. La demande émane de l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée 34

2. La demande émane de l'époux qui a obtenu la séparation 36

CHAPITRE III. — DANS QUELS CAS LE JUGE DOIT-IL PRONONCER LA CONVERSION : ÉTUDE DU POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE 41

I. — L'expérience de la conversion facultative de 1884 à 1908 : en quoi son étude est encore utile aujourd'hui 42
1. La première question qui s'est posée : sur quels faits doit porter l'appréciation du juge..... 42
2. Etude sommaire de la jurisprudence de 1884 à 1908 ; l'échec de la conversion facultative 45
II. — Dans quelles conditions la loi de 1941 reconnaît-elle au juge un pouvoir d'appréciation : hypothèse de la séparation de corps prononcée aux torts réciproques 48
III. — Comment la jurisprudence a-t-elle exercé ce poyvoir d'appréciation depuis 1941 51
A. — Aperçu général de cette jurisprudence..... 51
1. Eléments proposés à l'appréciation des tribunaux, intérêts en présence..... 52
2. Importance de l'examen des chances de réconciliation 54
B. — Deux questions particulièrement délicates 54
1. Le tribunal doit-il tenir compte de l'objection tirée des convic-victions religieuses de l'époux innocent 55
2. Le tribunal doit-il accorder la conversion à l'épouse qui la demande pour régulariser une liaison adultérine et légitimer des enfants adultérins..... 57
C. — Le juge peut-il surseoir à prononcer la conversion 59
IV. — Appréciation critique de cette jurisprudence. Examen des principales questions soulevées 61
1. A la recherche d'un principe général d'appréciation 61
2. Dangers de la jurisprudence qui voit dans l'impossibilité de réconciliation un motif suffisant pour prononcer la conversion 62
3. Les convictions catholiques de l'époux innocent doivent être un obstacle à la conversion 63
4. La protection de la famille légitime doit être un souci prédominant chez le juge de la conversion 66
5. Conclusion..... 67

CHAPITRE IV. — DES OBSTACLES POSSIBLES A LA DEMANDE DE CONVERSION 69
I. — Cas où une première demande de conversion a été rejetée de l'autorité de la chose jugée en matière de conversion 69
II. — Cas de concomitance entre une demande en divorce par voie de version et une demande par voie principale 72
A. — Solutions générales antérieures à la loi de 1941 73
1. Comment se règle le concours de ces deux actions..... 73
2. Comment se termine le concours de ces deux actions : jugements successifs de divorce entre les mêmes époux..... 76
B. — Eléments nouveaux qu'on peut déduire de la loi du 2 avril 1941 81

Appendice : Mesures transitoires relatives à la conversion : l'article 6 de la loi du 2 avril 1941 82

DEUXIEME PARTIE
PROCEDURE DE LA CONVERSION

CHAPITRE PREMIER. — LA PROCÉDURE PROPREMENT DITE ; SES PARTICULARITÉS 89

I. — Le tribunal compétent 89

II. — La requête au président ; doit-elle être présentée par l'époux demandeur en personne ? 90

III. — Ordonnance et assignation 92

IV. — Réponses possibles à la demande : fins de non-recevoir ; — demandes reconventionnelles 93

V. — L'instruction du procès 94

CHAPITRE II. — LA RÈGLE DE LA NON-PUBLICITÉ OU DE LA COMPÉTENCE DE LA CHAMBRE DU CONSEIL 97

I. — La règle de la non-publicité : ses motifs ; son extension depuis 1941 97

II. — Sanction de cette règle 98

III — Etendue de la compétence de la Chambre du conseil 101

1. Etude sommaire de l'ancienne controverse 102

2. Solution extensive de compétence qui semble découler de la du 2 avril 1941 105

IV. — Publicité du jugement 106

CHAPITRE III. — LES VOIES DE RECOURS 107

I. — De l'utilité des voies de recours quand la conversion est obligatoire 107

II. — L'acquiescement au jugement de conversion ; l'art. 249 du Code civil ; sa modification en 1941 109

III. — L'opposition au jugement où à l'arrêt de conversion ; l'article 247 du Code civil lui est-il applicable 112

IV. — L'appel du jugement de conversion 114

1. Symétrie des procédures de première instance et d'appel 114

2. Application de l'article 248 115

V. — Difficultés relatives à l'effet suspensif du pourvoi en Cassation 116

TROISIEME PARTIE
EFFETS DE LA CONVERSION

CHAPITRE PREMIER. — EFFET ESSENTIEL DE LA CONVERSION : SUBSTITUTION DU DIVORCE A LA SÉPARATION DE CORPS 122

I. — Conditionnement du divorce par la séparation de corps ; critique 122

II. — Conséquences de la substitution du divorce à la séparation 124

1. Effets quant aux personnes 124

2. Effets quant aux biens 125

3. Effets quant aux enfants 125

4. Déchéances résultant de la conversion 126
5. Transcription du jugement de conversion 127

CHAPITRE II. — LES DÉPENS 128

I. — Origine des difficultés relatives à la répartition des dépens 128

II. — Solutions antérieures à 1908 129

III. — Solution légale en 1908 130

IV. — La loi de 1941 entraîne-t-elle quelques modifications en matière de dépens 131

V. — Difficultés d'application de l'art. 310, al. 2 132
1. Dépens relatifs aux incidents 133
2. Dépens entraînés par l'exercice des voies de recours 134

CHAPITRE II. — LA PENSION ALIMENTAIRE 136

I. — Source des difficultés relatives à la pension alimentaire. 136

II. — Jurisprudence antérieure à 1908 138

III. — Intervention légale en 1908 139
1. L'alinéa 3 de l'article 310 139
2. Sens exact du texte ; erreurs d'interprétation 140

IV. — Solutions traditionnelles, qui doivent être maintenues, sur les questions non prévues par la loi de 1908 142
1. Seul l'époux qui a obtenu la séparation de corps à son profit exclusif peut conserver la pension alimentaire après la conversion 142
2. La pension accordée à l'époux innocent doit être maintenue, qu'elle ait été allouée par le jugement de séparation de corps ou par un jugement postérieur 143
3. Cette pension alimentaire ne peut, après la conversion, excéder le tiers des revenus de l'époux coupable 144
4. L'époux coupable condamné par le jugement de séparation de corps au paiement d'une pension peut, au cas de non versement après conversion, être condamné pour abandon de famille ... 145

Appendice. — Application, en matière de conversion, de l'article 301, alinéa 2 nouveau 146

CONCLUSION 148

BIBLIOGRAPHIE 153

Imp. F. Boisseau, Rue du Taur, 34 - Toulouse
TW — N° 10163 - 11-6-1943